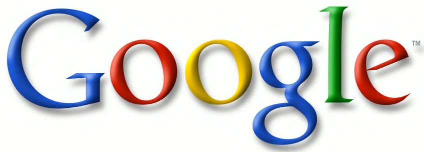



HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 059 465 310

Switzerland

A Monsieur Broye, Président du Tribunal fédéral

HOMMAGE DE L'AUTEUR

LE CODE FÉDÉRAL DES OBLIGATIONS

ET LE

DROIT CANTONAL

PAR

CHARLES SOLDAN

JUGE AU TRIBUNAL FÉDÉRAL



LAUSANNE

IMPRIMERIE CH. VIRET-GENTON

1896

HOMMAGE DE L'AUTEUR

LE CODE FÉDÉRAL DES OBLIGATIONS

ET LE

DROIT CANTONAL

PAR

CHARLES SOLDAN
JUGE AU TRIBUNAL FÉDÉRAL

Extrait du Recueil publié par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, à l'occasion de l'Exposition nationale suisse, Genève 1896.



LAUSANNE
IMPRIMERIE CH. VIRET-GENTON
1896

21

LE CODE FÉDÉRAL DES OBLIGATIONS

ET LE

DROIT CANTONAL

PAR

CHARLES SOLDAN
JUGE AU TRIBUNAL FÉDÉRAL

LE CODE FÉDÉRAL DES OBLIGATIONS

ET LE

DROIT CANTONAL

Dans un Etat fédératif tel que la Suisse, la délimitation entre le domaine législatif fédéral et celui des Etats confédérés soulève toujours un bon nombre de problèmes délicats. Aussi, depuis l'adoption du Code fédéral des obligations du 14 juin 1881, le départ des compétences respectives de la Confédération et des cantons en matière de législation sur le droit privé a-t-il fourni aux recherches scientifiques un sujet de discussion presque inépuisable. Mais plus encore que la doctrine, la pratique a un haut intérêt à ce que la ligne de démarcation qui sépare les deux domaines soit nettement tracée : il est essentiel pour chacun de savoir d'avance à quelle loi ses rapports de droit seront soumis ; moins les limites des compétences législatives du pouvoir fédéral et du pouvoir cantonal seront sujettes à la controverse, plus sera grande au contraire la sécurité du droit qui est une des conditions primordiales de la prospérité publique.

Il nous a semblé dès lors que, malgré les nombreux et remarquables travaux déjà publiés sur la matière [1], il pouvait ne pas être

---

[1] Voir surtout SCHNEIDER ET FICK, *Das schweizerische Obligationenrecht*, mit allgemeinfasslichen Erläuterungen herausgegeben. Grande édition, Zurich, 1891 (une nouvelle édition est en cours de publication). — HAFNER, *Das schweizerische Obligationenrecht*. 1re édition, Zurich, 1883; seconde édition, 1er fascicule (art. 1 à 363), 1896 (sauf indication contraire, les citations se rapportent à la première édition). — JACOTTET, *Manuel du droit fédéral des obligations*. 2me éd., Neuchâtel, 1884. — HABERSTICH, *Handbuch des schweizerischen Obligationenrechts*. Zurich, 1884-1887 (avec la traduction française de *Ch. Gilliéron* Mou-

inutile d'examiner à nouveau quelle influence l'entrée en vigueur du Code fédéral des obligations a exercée sur la législation particulière des cantons suisses, et de montrer, au moins sur les points essentiels, dans quelle mesure la compétence législative des Etats confédérés subsiste encore à l'heure qu'il est dans le domaine proprement dit du droit des obligations, ainsi que dans les autres domaines juridiques qui y confinent par quelque côté. Sans doute, dans plusieurs cantons, des lois d'introduction (celles du moins qui sont bien faites, ce qui n'est malheureusement pas le cas pour toutes) ont déjà facilité à beaucoup d'égards la tâche du praticien [1]; néanmoins, c'est certainement avec raison que le jurisconsulte genevois Antoine Flammer a pu dire qu'en cette matière « l'enseignement spécial du nouveau droit fédéral, le débat oral et permanent, la jurisprudence, les travaux désintéressés de la critique, et le temps qui élabore lentement les institutions durables, feront, d'une manière bien plus sûre, ce que la législature cantonale ne peut faire encore qu'imparfaitement [2]. »

Près de dix ans se sont écoulés depuis que l'ancien président de la Cour de cassation genevoise écrivait ces lignes, et treize depuis que le Code des obligations est entré en vigueur. Une foule de questions, jadis controversées, sont maintenant tranchées par une jurisprudence qui, si elle n'est pas à l'abri de toute critique, a du

---

don, 1886-1890). — ROSSEL. *Manuel du droit fédéral des obligations*, Lausanne, 1892. — E. VOGT, *Leichtfassliche Anleitung zur Anwendung des schweizerischen Obligationenrechts*. Berne, 1882-1883. — HUBER, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*. Bâle, 1886-1893.

En outre, et plus spécialement sur les limites du droit fédéral et du droit cantonal : HABERSTICH, *Beitræge zur Orientirung im Gebiete des schweizerischen Rechtes*, Aarau, 1883. — FLAMMER, *Essai sur les limites du Code fédéral des obligations*. Genève, 1886. — Les deux rapports présentés en 1885, à la Société suisse des juristes, l'un par M. le juge cantonal F. SCHNEIDER, à Aarau, sous le titre de *Anwendung der allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts auf die dem cantonalen Rechte vorbehaltenen Verträge;* le second par M. le professeur E. ROGUIN, à Lausanne, intitulé *Rapport sur la question de l'application des dispositions générales du Code fédéral des obligations aux institutions réservées au droit cantonal,* ainsi que les délibérations qui ont eu lieu à cette occasion, dans la *Zeitschrift für schweizerisches Recht,* t. XXVI, p. 473 à 528, 573 à 580 et 591 à 625, Bâle, 1885. — E. ROTT, *Ueber die obligationenrechtliche Praxis des Bundesgerichts*, dans la *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, t. XXVII, p. 505 et suiv., Berne, 1891.

[1] Voir une analyse de ces lois d'introduction, par M. le professeur P. SPEISER, dans la *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, t. XXIV, p. 430 à 447. Bâle, 1883.

[2] *Essai sur les limites*, etc., p. 33.

moins pour elle un grand mérite : celui de la stabilité[1]. D'autres problèmes, non encore abordés par la magistrature fédérale, semblent avoir reçu dans la doctrine une solution généralement considérée comme satisfaisante. Ce sont ces *résultats* obtenus depuis l'application du Code que nous voudrions essayer de réunir et d'analyser dans les pages qui suivent, en les groupant autant que possible suivant un ordre logique. C'est dire d'emblée que notre travail ne pourra prétendre qu'à une originalité bien partielle; presque sur tous les points il devra faire des emprunts aux diverses monographies qui ont déjà paru sur la matière et tout particulièrement aux remarquables écrits de M. le juge fédéral Hafner et de M. le professeur A. Schneider, ainsi qu'à l'excellent chapitre que M. le professeur Eugène Huber a consacré au droit des obligations cantonal dans le troisième volume de son grand ouvrage.

Ajoutons enfin, pour ne plus avoir à y revenir, qu'une délimitation claire et nette de l'empire respectif du droit fédéral et du droit cantonal est d'une importance pratique très considérable au point de vue des compétences du Tribunal fédéral comme autorité de recours. A teneur de l'art. 56 de la loi du 22 mars 1893 sur l'organisation judiciaire fédérale, le *recours en réforme* au Tribunal fédéral n'est possible que « dans les causes civiles jugées par les tribunaux cantonaux *en application de lois fédérales* ou *qui appellent l'application de ces lois.* » Il suit de là que si une cause est exclusivement régie par le droit cantonal (ou étranger), la compétence du Tribunal fédéral n'existe pas. Et même si un seul et unique procès tombe à la fois sous l'empire de lois fédérales et sous celui de lois cantonales (ou étrangères), le Tribunal fédéral n'est fondé, à teneur de l'art. 83, à faire lui-même application de ces dernières que si le jugement cantonal a négligé d'en tenir compte. De plus, la jurisprudence a admis que si une demande porte sur plusieurs chefs de conclusions soumis à des droits différents, on ne doit

[1] Voir, pour cette jurisprudence, le *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral* (TF.), ainsi que le *Journal des Tribunaux* de Lausanne (Journ. des Trib.) et la *Semaine judiciaire* de Genève (Sem. jud.). Dans nos citations, les chiffres romains se rapportent aux volumes et les chiffres arabes aux pages.

prendre en considération, pour le calcul de la valeur litigieuse, que ceux d'entre eux qui appellent l'application de lois fédérales [1].

D'autre part, le *recours en cassation* en matière civile, introduit par les art. 89 et suivants de la loi d'organisation, n'est non plus recevable qu'à la condition que l'instance cantonale ait appliqué le droit cantonal (ou étranger), alors qu'en réalité elle aurait dû juger d'après le droit fédéral. Il en est de même enfin, en matière pénale, pour les conclusions civiles prises par la partie lésée dans une cause susceptible d'être portée par voie de recours devant la Cour de cassation du Tribunal fédéral en conformité des art. 160 et suivants de la loi; ici encore le droit de recours suppose qu'il doive être statué sur ces conclusions d'après les lois fédérales (art. 161, alinéa 2). Dans nombre de cas la compétence du Tribunal fédéral et parfois le sort du procès dépendent ainsi du droit applicable, lequel dépend lui-même de la ligne de démarcation à tracer entre l'empire du droit fédéral et celui du droit cantonal.

PREMIÈRE PARTIE

PRINCIPES GÉNÉRAUX

I. — *Le dualisme de la législation dans l'Etat fédératif.*

Dans ce qui précède nous n'avons pas hésité à parler, à plusieurs reprises, d'une *limite*, d'une *ligne de démarcation* séparant le domaine du droit fédéral de celui rentrant dans le ressort des Etats particuliers. Effectivement — et c'est là un premier principe à mettre en lumière — cette limite existe et il est toujours possible de la fixer, parce que la logique le veut ainsi comme un postulat

[1] TF., 28 novembre 1894, XX, 877.

dérivant directement de la notion même de l'organisation fédérative. Sans doute la recherche de cette limite ne sera pas toujours facile; on pourra hésiter sur le tracé le plus rationnel, mais en fin de compte il y en aura toujours un qui devra recevoir une consécration officielle. Il en est ici comme des frontières géographiques entre cantons; même contestées, elles existent virtuellement et il peut suffire d'une circonstance fortuite pour obliger le Tribunal fédéral à les déterminer, comme il a dû le faire récemment pour le sommet du Säntis. De même, il est toujours possible d'établir la ligne de démarcation entre le droit fédéral et le droit cantonal; ce qui est impossible, par contre, c'est qu'un même domaine juridique forme pour ainsi dire un territoire indivis entre la Confédération et un canton, une sorte de bailliage commun régi concurremment par les lois de la première *et* par celles du second.

Tel est, croyons-nous, un premier principe qui s'impose. Hâtons-nous, cependant, de le faire suivre d'une explication sans laquelle il serait facile de le prendre en défaut. Il n'est juste, en effet, que s'il est appliqué aux questions de droit *simples,* c'est-à-dire à celles qu'il n'est plus logiquement possible de diviser, par opposition aux questions *complexes* dont la solution dépend de la détermination d'un plus ou moins grand nombre d'inconnues distinctes. L'observation est essentielle. Il va de soi, par exemple, que le même *procès* pourra soulever à la fois des points à résoudre d'après le droit fédéral et d'autres à trancher en conformité du droit cantonal; cela arrive même très souvent, par la simple raison qu'en général une seule cause embrasse un ensemble de questions. Mais que l'on scinde ce qui est complexe, que le juriste, adoptant la méthode de l'anatomiste, analyse le cas qui lui est soumis jusqu'à en mettre à nu les éléments irréductibles, et l'on verra que le dualisme législatif cesse d'être possible : il faudra bien, en fin de compte, que chacun de ces éléments appelle dans son entier l'application du droit fédéral ou, au contraire, qu'il lui échappe d'une manière complète. Ainsi le proverbe qui veut que nul ne puisse servir deux maîtres vaut aussi en matière juridique; seulement il faut, pour en vérifier l'application, distinguer avec soin les diverses questions de

droit qui se cachent souvent sous l'apparence d'un problème unique. Le dualisme législatif n'est en réalité que la somme d'un certain nombre d'unités soumises à des lois distinctes.

Mais il ne suffit pas de constater que la logique, non moins que le but même de l'organisation fédérative, s'opposent à ce que le droit fédéral puisse s'appliquer concurremment avec le droit cantonal à une seule et même question. Où est, demandera-t-on encore, le critère qui permette de déterminer d'emblée lequel de ces deux droits doit l'emporter sur l'autre dans un cas donné ? Evidemment, répondra-t-on, ce ne peut être que la volonté du législateur. Mais comme, en Suisse, le pouvoir législatif est partagé entre la Confédération et les cantons, la question n'est que reculée : il reste encore à rechercher à laquelle des deux volontés, fédérale ou cantonale, la victoire doit rester en cas de conflit.

C'est bien là, à coup sûr, un sujet sur lequel il serait facile de multiplier les déductions théoriques. Nous ne croyons pas cependant que cela soit nécessaire au point de vue de la question spéciale que ce travail veut essayer de traiter. Que les uns envisagent la compétence législative des cantons comme émanant d'une *souveraineté* cantonale coordonnée à celle de la Confédération ; que d'autres, au contraire (ce qui paraît plus conforme au développement historique de nos institutions et à la réalité des faits, si ce n'est au texte littéral de l'art. 3 de la constitution fédérale), n'attribuent aux cantons qu'une *autonomie* semblable à celle que la doctrine tend à reconnaître aujourd'hui aux Etats particuliers de l'Allemagne[1] : une chose leur paraîtra certaine à tous, c'est que *de lege lata* il est incontestable que *le droit fédéral prime le droit cantonal*. L'art. 2 des dispositions transitoires de la constitution fédérale de 1874 a déjà formulé ce principe en disant que « les dispositions... des lois cantonales contraires à la présente constitution cessent d'être en vigueur par le fait de l'adoption de celle-ci, ou de la promulgation des lois qu'elle prévoit. » De son côté, la jurisprudence des autorités fédérales a constamment accentué ce

[1] Comp. REGELSBERGER, *Pandekten*, I, p. 105; LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches* (dans le *Handbuch des œffentlichen Rechts* de Marquardsen), 2me éd., p. 97 et suiv.

point de vue. Spécialement le Tribunal fédéral a toujours admis qu'il lui appartenait d'intervenir pour le faire respecter. Non seulement il l'a fait dans les cas où une autorité cantonale refuse expressément ou néglige tacitement d'appliquer le droit fédéral à des questions qui appellent son application aux yeux du pouvoir fédéral; mais encore, réciproquement, il a déclaré que la volonté du législateur fédéral, qui doit l'emporter sur celle du législateur cantonal, était méconnue lorsqu'une autorité cantonale avait appliqué le droit fédéral, comme tel, là où elle aurait dû statuer d'après le droit cantonal [1].

Ainsi, après avoir constaté qu'il existe toujours quelque part une limite entre le droit fédéral et le droit cantonal, nous pouvons faire un pas de plus et ajouter que *c'est au droit fédéral qu'il appartient de la fixer*. En d'autres termes, c'est le droit public de la Confédération, et non celui des cantons, qui détermine quelles sont les compétences législatives respectives de la première et des seconds. Il convient de s'arrêter un instant aux conséquences de ce principe.

Il en résulte, en premier lieu, que lorsque la Confédération, par une décision constitutionnelle, fait rentrer dans sa compétence législative une matière déterminée, elle supprime *ipso jure*, du moins dès le moment où elle fait usage de cette compétence, le droit de législation qui appartenait jusque-là aux cantons en ce qui concerne ce même domaine. Cette suppression, découlant de la volonté du pouvoir fédéral, supérieure à celle du pouvoir cantonal, déploie ses effets même en l'absence d'une loi d'exécution ou d'un décret d'abrogation émanés de l'autorité cantonale; à moins que la Confédération elle-même n'ait prévu une mesure de ce genre, elle est absolument superflue et ne peut en tout cas avoir qu'une valeur purement déclarative [2].

---

[1] TF., 22 octobre 1886, XII, 548; 11 novembre 1887, XIII, 432, n° 3; 21 octobre 1887, XIII, 438, n° 3; 13 juillet 1888, XIV, 427, n° 4.

[2] TF., 2 février 1889, XV, 164. Le droit fédéral abroge le droit cantonal non seulement en ce qui concerne les matières que la loi fédérale règle d'une manière expresse, mais aussi quant à celles auxquelles elle entend implicitement être appliquée. HAFNER, *Das schweizerische Obligationenrecht*, Introduction, p. XXI et suiv. -- BLUMER-MOREL, *Handbuch*

Mais la réciproque est vraie également, d'où suit qu'il n'appartient pas aux cantons, d'autre part, d'étendre le domaine législatif de la Confédération contre le gré de celle-ci, à moins qu'elle ne leur en ait d'avance accordé la faculté[1]. Les compétences laissées par la Constitution fédérale aux cantons sont pour eux des *charges* autant que des *droits*, car c'est à ce double titre qu'elles sont voulues par le pouvoir fédéral, que le droit public actuel a placé au-dessus du pouvoir cantonal. Pas plus dès lors qu'il ne serait loisible à un canton de transférer de sa seule volonté à la Confédération ses pouvoirs militaires[2], ou l'administration de sa justice, ou son instruction primaire, il ne saurait dépendre de lui de soumettre certains domaines du droit à des normes fédérales, alors qu'ils doivent, dans l'intention du législateur fédéral, demeurer soumis au droit cantonal. Cela est de toute évidence pour les parties du droit public ou privé auxquelles la Confédération n'a jusqu'ici touché en aucune façon, comme le droit de succession, par exemple; un canton ne pourrait exiger d'elle qu'elle légiférât dans ce domaine. Mais le même principe est vrai également pour les matières au sujet desquelles le législateur fédéral a déjà édicté certaines prescriptions, mais en en restreignant la sphère d'application dans une mesure plus ou moins large. C'est ainsi que le Code pénal fédéral du 4 février 1853 renferme, à ses art 1 à 35, une partie générale qui ne doit trouver son application, d'après la volonté expresse du législateur fédéral, que pour les délits dont la répression est déférée à la juridiction fédérale ou pour lesquels, du moins, l'autorité fédérale aurait le droit de nantir cette dernière. Rien, assurément, n'empêcherait un législateur cantonal de reprendre pour son compte cette partie générale du Code fédéral et de la déclarer

---

des schweizerischen Bundesstaatsrechts, 3me éd., t. I, p. 2?8 et suiv. — A. von ORELLI, *Das Staatsrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft* (dans le *Handbuch des œffentlichen Rechts* de Marquardsen), p. 24 et suiv. — EUG. BOREL, *Etude sur la souveraineté dans l'Etat fédératif*, Berne, 1886, p. 179 et suiv — ROSSEL, *Manuel du droit fédéral des obligations*, p. 18. — De même le droit fédéral abroge *ipso jure* les usages commerciaux, à moins qu'il ne les réserve expressément. TF., 13 septembre 1888, XIV, 475 et suiv.

[1] Voir par exemple l'art. 52 § 2 de la loi du 22 mars 1893 sur l'organisation judiciaire fédérale, qui réserve d'ailleurs expressément la ratification de l'Assemblée fédérale.

[2] Comp. L. R. DE SALIS, *Le droit fédéral suisse*, I, n° 33.

applicable à des délits qui relèvent en tout état de cause de la juridiction cantonale. Mais, en agissant de la sorte, ce législateur cantonal n'exprimerait que sa propre volonté et non celle du pouvoir fédéral ; la force obligatoire de son code procéderait du canton et non de la Confédération ; en un mot, tout en s'appropriant une loi fédérale, il n'aurait promulgué que du droit cantonal, obligatoire comme émanation du pouvoir cantonal, et non point du droit fédéral, applicable dans toute l'étendue de la Suisse, à titre de manifestation de la volonté du pouvoir législatif fédéral.

L'exemple que nous venons d'examiner a d'ailleurs un intérêt pratique. A la vérité le Code pénal fédéral de 1853 est aujourd'hui trop vieux pour que les cantons songent à lui emprunter sa partie générale. En revanche, plusieurs d'entre eux ont procédé de la sorte en ce qui concerne la partie générale du Code fédéral des obligations, en la déclarant applicable aussi aux contrats qui continuent à être régis par le droit cantonal, dans la mesure où celui-ci n'en dispose pas lui-même autrement[1]. Ici encore, ainsi que la jurisprudence du Tribunal fédéral l'a consacré à de nombreuses reprises, le Code des obligations n'est applicable qu'à titre de droit cantonal subsidiaire, de telle sorte, par exemple, qu'en cette matière un recours en réforme n'est pas recevable[2].

II. — *Situation particulière des rédacteurs du Code fédéral des obligations. Portée générale des réserves faites par eux en faveur du droit cantonal.*

Les quelques principes exposés ci-dessus permettent de serrer de plus près la portée des réserves assez nombreuses que le Code

[1] C'est ce qu'ont fait, par exemple, les nouveaux codes civils de Zurich, § 1089, et de Soleure, § 37. — Comp. Flammer, loc. cit., p. 31 et suiv.

[2] TF., 20 décembre 1889, XV, 853, n° 6 ; 15 novembre 1890, XVI, 805. — Comp. Hafner, *Das Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichts*, dans la *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, t. XXV, p. 177 et suiv.

fédéral des obligations a cru devoir faire en faveur du droit cantonal et qui forment à proprement parler l'objet de cette étude.

Il est vraisemblable que même si la Suisse, acceptant le projet de constitution fédérale soumis à la votation populaire du 12 mai 1872, avait manifesté l'intention d'unifier l'ensemble du droit civil, le Code civil élaboré en exécution de cette décision eût dû laisser subsister quelques parcelles des anciens droits civils cantonaux. Ce qui se passe aujourd'hui à l'occasion de l'unification du droit civil allemand permet de croire que chez nous aussi des considérations diverses auraient engagé le législateur fédéral à réserver certaines institutions à la législation particulière des Etats confédérés[1]. Du reste l'on sait que le rédacteur de l'avant-projet du futur Code civil suisse admet également, sur plusieurs points, l'opportunité, si ce n'est la nécessité de procéder de la sorte.

A plus forte raison, la constitution fédérale de 1874, en bornant l'unification à quelques parties seulement du droit civil, dut elle amener le législateur à réserver le droit cantonal dans une mesure bien plus large. Tout d'abord une telle réserve était forcée pour les chapitres du droit civil que la constitution de 1874 excluait implicitement de l'unification, alors que le projet de 1872 les y avait expressément compris. Mais même en dehors de ces domaines auxquels il ne leur était pas constitutionnellement permis de toucher, les rédacteurs du Code fédéral des obligations avaient encore bien des motifs pour laisser subsister le droit cantonal dans des matières où ils eussent eu, en vertu de la constitution, le pouvoir d'unifier plus qu'ils ne l'ont fait. Des grandes divisions du droit civil[2], le droit de succession tout entier et tout ce qui concerne les droits réels immobiliers se trouvaient d'emblée soustraits à la

[1] Comp. *Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche*, Berlin, 1896. — Les rapports entre le code et les lois des Etats particuliers y font l'objet des art. 53 à 152. Comp. également, sur ce chapitre, les *Materialien* soumis au Reichstag.

[2] Nous suivons dans ce travail la division généralement adoptée par les codes civils de la Suisse allemande, savoir : *droit des personnes*, *droit de famille*, *droit de succession*, *droits réels* et *droit des obligations*. Outre que cette division est commode et se retrouve aussi, quoique un peu voilée, dans les codes romands, il nous paraît probable qu'elle l'emportera également si l'ensemble du droit civil suisse vient à être unifié. Comp. HUBER, *System*, t. I, note 1 à page 97.

compétence législative de la Confédération. Il en était de même du droit de famille, à l'exception des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage, de la célébration de ce dernier, de la légitimation des enfants naturels par mariage subséquent et des actions en divorce et en nullité de mariage[1]. Enfin, bien que la législation sur la capacité civile fût également placée dans le ressort de la Confédération, une partie très importante du droit des personnes demeurait néanmoins dans la compétence cantonale, jusqu'à ce qu'une revision de la constitution vînt permettre de reprendre l'idée rejetée en 1872 par le peuple et les cantons. A part les quelques chapitres déjà indiqués, — auxquels il faut ajouter la législation sur la propriété intellectuelle[2], ainsi que celle sur la poursuite pour dettes et la faillite, — l'unification du droit civil se bornait ainsi, comme le dit l'art. 64 de la constitution de 1874, à « toutes les matières du droit se rapportant au *commerce* et aux *transactions mobilières* (droit des obligations, y compris le droit commercial et le droit de change) »[3]. Le Code fédéral à élaborer devait dès lors régler en première ligne les obligations ayant leur source dans des contrats, des quasi-contrats, des délits ou des quasi-délits, ainsi que les droits réels mobiliers. En revanche, il devait laisser de côté (sauf peut-être au point de vue des dispositions générales qui s'appliquent à toutes les obligations quelconques) celles provenant d'autres causes, spécialement celles ayant leur source dans le droit de famille ou de succession, ou se rattachant aux droits réels immobiliers. Quoi qu'il en fût d'ailleurs,

---

[1] Voir l'art. 54 de la constitution fédérale et la loi fédérale du 24 décembre 1874 sur l'état civil et le mariage. On a reproché à cette loi, qui a d'ailleurs été acceptée par le peuple et les cantons, à la suite d'une demande de referendum, d'avoir empiété sur les compétences réservées aux cantons par la constitution, en tant qu'elle a réglé aussi ce qui concerne le divorce.

[2] L'unification de la législation sur la propriété littéraire et artistique était déjà expressément prévue par la constitution de 1874. Celle du droit concernant les marques de fabrique et de commerce pouvait être déduite implicitement de l'art. 64 de celle-ci, comme rentrant dans le droit commercial. Enfin la votation populaire du 10 juillet 1887 a encore remis à la Confédération la législation sur les dessins et modèles, ainsi que sur les brevets d'invention.

[3] Dans le texte allemand de la constitution : « alle auf den Handel und Mobiliarverkehr bezüglichen Rechtsverhältnisse (Obligationenrecht, mit Inbegriff des Handels-und Wechselrechts) ».

il y avait forcément lieu de considérer que non seulement les dispositions particulières aux obligations de cette dernière catégorie, mais encore d'autres matières rentrant dans le droit des obligations contractuelles ou délictuelles sont dans une relation si intime avec certaines institutions du droit réel immobilier, du droit de succession ou du droit de famille, qu'il paraît impossible de les unifier d'une manière satisfaisante, et sans leur faire violence, tant que ces institutions elles-mêmes ne l'ont pas été à leur tour.

D'autre part, le droit des obligations, comme les autres parties du droit civil, subit à bien des égards l'influence du droit public (*sensu lato*) et comme ce dernier était et est encore réservé pour une très grande partie aux cantons, par la constitution de 1874, il ne devait pas non plus paraître possible d'unifier, au moins d'une manière complète, ceux des principes du droit des obligations qui sont par leur nature essentiellement dépendants du droit public cantonal. A ces divers points de vue, le Code des obligations se trouvait ainsi exactement dans la même situation que la loi du 22 juin 1881 sur la capacité civile qui, elle aussi, a été obligée de laisser subsister diverses dispositions du droit cantonal[1].

Les considérations d'ordre constitutionnel et des motifs tirés de l'intime connexité qui existe entre certaines questions du droit des obligations et d'autres matières abandonnées au droit cantonal n'étaient toutefois pas seuls à engager les rédacteurs du Code fédéral à lui faire certaines concessions. Une autre raison de procéder de la sorte résultait aussi, pour plusieurs points, de leur importance minime et plutôt locale. Il est telles institutions du droit cantonal des obligations qui, par leur nature même, ne gagnent rien à être unifiées, mais n'ont au contraire leur raison d'être que si elles sont susceptibles de s'adapter aux besoins particuliers de contrées ou de groupes sociaux différents. Ici la diversité, loin d'être un mal, est au contraire un avantage, et si même cette adaptation au milieu ambiant donne parfois naissance à quelques-unes

---

1 Voir spécialement les art. 2 al. 2, 3 al. 2, 5, 6 al. 2, 7 et 8 al. 2 de la dite loi. — Comp. HAFNER, *Das schweizerische Obligationenrecht,* Introduction, p. XI; H. CARRARD. *Explication de la loi fédérale du 22 juin 1881 sur la capacité civile.* Lausanne, 1881; *Message* du Conseil fédéral concernant la dite loi, *Feuille fédérale* de 1879, t. III, p. 819 et suiv.

de ces formes bizarres qui causent un sentiment de surprise à l'observateur étranger, il n'existe cependant aucun motif d'ordre supérieur qui commande de faire disparaître ces singularités sous la pesée d'une codification unitaire. Leur survivance se justifie par leur innocuité.

Tels étaient, croyons-nous, les principaux motifs qui devaient amener le législateur fédéral à faire d'assez fortes concessions au droit cantonal. Au point de vue du droit public, celles-ci n'avaient cependant pas toutes la même raison d'être. Sans doute, du principe développé plus haut, que le droit fédéral prime le droit cantonal et que c'est ainsi à la Confédération qu'il appartient de fixer les limites de ce dernier, il résulte que toutes les réserves quelconques que le Code des obligations a pu faire en faveur des cantons ne peuvent avoir leur source que *dans un acte de volonté du pouvoir fédéral* compétent. Envisagées sous cet angle-là, toutes ces réserves se placent donc sur la même ligne. En revanche, sous un autre rapport, elles ne sont pas toutes équivalentes, mais doivent être distinguées en deux catégories. Les unes, en effet, résultent directement du fait que la constitution n'a pas accordé au pouvoir législatif fédéral le droit d'unifier certains domaines; d'autres, au contraire, peuvent se rapporter et se rapportent effectivement à des objets sur lesquels la Confédération eût été compétente pour légiférer, mais qu'elle a néanmoins préféré abandonner au droit cantonal pour des raisons quelconques d'opportunité[1].

En d'autres termes, tandis que les *pouvoirs constituants* de la Confédération étaient libres de décréter l'unification complète du droit civil, ou de la restreindre à certaines parties déterminées, au contraire le *législateur* fédéral, lui, était lié par la grande réserve implicitement contenue à l'art. 64 de la constitution de 1874 en faveur du droit cantonal. A la vérité il résulte de l'art. 113, dernier alinéa de cette constitution que les lois fédérales, même inconstitutionnelles, sont obligatoires pour le Tribunal fédéral et par conséquent pour les citoyens, puisque ceux-ci n'ont aucun moyen légal

[1] Comp. FLAMMER, *loc. cit.*, p. 25.

de se soustraire à leur application [1]. Mais rien, en fait, ne permet de croire qu'en adoptant le Code des obligations le législateur se soit proposé d'étendre la compétence législative fédérale au-delà des limites que la constitution lui assignait. Il est bien plus vraisemblable, au contraire, que s'il a réservé au droit cantonal les questions auxquelles l'esprit, si ce n'est la lettre de la constitution, lui interdisait de toucher, il l'a simplement fait parce qu'il a considéré sa volonté à lui-même comme liée par celle du pouvoir constituant; ces réserves n'avaient et ne devaient donc avoir, dans son intention, qu'une valeur purement *déclarative*.

Tout autre, en revanche, était la situation des rédacteurs du Code fédéral des obligations quant aux matières sur lesquelles ils avaient constitutionnellement le droit de légiférer. Ici ils n'étaient plus *tenus* de réserver le droit cantonal, mais ils *pouvaient* le faire de leur plein gré si cela leur paraissait opportun, et quand ils ont usé de cette faculté ils l'ont fait de leur propre volonté. Pour oiseuse que cette distinction puisse paraître au premier abord, elle ne l'est pourtant pas en réalité, car du moment que la réserve du droit cantonal a sa source dans un *acte de volonté* du législateur (et non du constituant fédéral), il est clair qu'il lui appartient de l'étendre plus ou moins, de l'entourer de certaines modalités, de la soumettre à des restrictions plus ou moins importantes, ou même de ne la faire qu'à titre conditionnel [2]. Il était donc loisible aux rédacteurs du Code, pour les matières rentrant dans cette seconde catégorie, ou bien de maintenir en force l'ensemble du droit cantonal relatif à une institution déterminée, ou bien, au contraire, de ne le laisser subsister que partiellement, sur quelques points isolés. De même encore il pouvait, à sa convenance, réserver seulement

---

[1] Il en est autrement aux Etats-Unis, où la Cour suprême de l'Union a le droit, dans les cas qui lui sont soumis, de refuser de faire application d'une loi qui lui paraît contraire à la constitution fédérale, et où un pouvoir analogue appartient également aux cours supérieures des Etats particuliers en ce qui concerne les constitutions de ces derniers. Comp. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, 12me éd., Paris, 1848, t. I, p. 163 et suiv.; GUÉRIN, *Les droits et libertés des citoyens aux Etats-Unis*, dans le *Bulletin de la Société de législation comparée*, XXI (1892), p. 372; H. VON HOLST, *Das Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika* (dans le *Handbuch des œffentlichen Rechts* de Marquardsen), p. 35 et suiv., et 116; WESTERKAMP, *Staatenbund und Bundesstaat*, p. 327 et suiv.

[2] LABAND, *loc. cit.*, p. 98.

le droit cantonal existant au moment de l'entrée en vigueur du Code, mais non les lois cantonales qui pourraient venir à être promulguées dans la suite ; enfin il lui compétait également de n'autoriser une dérogation au Code fédéral que moyennant certaines conditions ou sous certaines restrictions, et même de ne la permettre qu'à des lois cantonales spéciales, à l'exclusion de celles réglant d'une manière générale un ensemble de rapports de droit.

On voit dès lors qu'à part les réserves en faveur du droit cantonal qui s'imposaient au législateur fédéral en exécution de la constitution fédérale, la latitude dont il jouissait vis-à-vis des cantons était absolue, de telle sorte que des combinaisons très diverses pouvaient s'offrir à lui pour consacer, à propos de chaque question particulière, la solution qui lui paraissait la plus opportune. Il n'est donc pas permis de dire *a priori* que la réserve du droit cantonal doit avoir la même portée dans toutes les dispositions du Code où elle se rencontre ; au contraire elle doit être interprétée pour elle-même dans chaque cas, le but du législateur ayant pu et même dû varier suivant les diverses situations en face desquelles il se trouvait placé. C'est dire qu'à notre avis ce serait une tentative vaine que de chercher un principe unique permettant de déterminer d'une manière générale et théorique la portée des réserves que le Code fédéral a faites en faveur du droit cantonal. Le législateur fédéral n'a pas eu et ne pouvait pas avoir de système unique et ceux qui lui en prêtent un malgré lui ne peuvent que faire faire fausse route à la saine interprétation de la loi.

Ce qui vient d'être dit semble confirmé au surplus par la terminologie même du Code. Si l'intention de ses auteurs avait été d'attribuer dans tous les cas la même portée aux réserves qu'ils y ont insérées en faveur du droit cantonal, il est vraisemblable qu'ils auraient pris soin de se servir partout d'une formule à peu près identique. Mais en fait, loin de présenter une semblable uniformité, les textes tant allemand que français et italien du Code se servent d'un nombre relativement grand de tournures diverses pour formuler ces réserves, à tel point même que l'intention du législateur en devient parfois difficile à saisir du premier coup. On pourra s'en

convaincre en comparant entre eux les quelques textes ci-après qui donnent, croyons-nous, un aperçu assez complet des principaux types employés.

« Art. 10. *Le droit cantonal règle* la forme des donations et celle des contrats relatifs aux droits réels sur les immeubles. — *Das kantonale Recht bestimmt* die Form der Schenkungen, u. s. w. — La forma delle donazioni..... *è regolata dal diritto cantonale.*

« Art. 231, al. 1. Les ventes d'immeubles *sont régies par le droit cantonal.* — Für Kaufverträge über Liegenschaften *gilt das kantonale Recht.* — La compra e vendita di beni stabili *è regolata dal diritto cantonale.*

« Art. 394, al. 3. *La question de savoir* s'il lui faut (au mandataire) des pouvoirs spéciaux pour faire..... certains actes..... au nom du mandant, *se résout d'après les lois de procédure* fédérales ou *cantonales.* — *Inwiefern* er (der Beauftragte) einer besondern Vollmacht bedarf..... *wird durch das* eidgenössische oder *kantonale Prozessrecht bestimmt.* — *È determinato dalla legge di procedura cantonale* o federale, se sia necessaria una procura speciale.....

« Art. 211, al. 3. *Il appartient à la législation cantonale de déterminer* ce qui doit être considéré comme accessoire d'un immeuble. — *Die Frage*, was als Zubehörde einer Liegenschaft zu betrachten sei, *ist nach dem kantonalen Rechte zu beurtheilen.* — *Spetta al diritto cantonale di determinare* ciò che dev'essere considerato come accessorio d'un immobile.

« Art. 845, al 2. Les recours en matière de warrants *demeurent soumis à la législation cantonale.* — *Vorbehalten bleiben Bestimmungen der Kantonalgesetze* über Regress bei Warrants. — *Restano ferme le disposizioni delle leggi cantonali* sul regresso nei warrants.

« Art. 198. *Il n'est pas dérogé... aux dispositions des législations cantonales* relatives à la cession des créances hypothécaires. — *Die Bestimmungen des kantonalen Rechtes* über die Abtretung grundversicherter Forderungen *bleiben vorbehalten.* — *Sono salve*

le disposizioni del diritto cantonale sulla cessione dei crediti ipotecari.

« ART. 211, al. 1. *Il n'est pas dérogé..... aux prescriptions des lois cantonales* en vertu desquelles des objets mobiliers peuvent, en tant qu'accessoires d'un immeuble, être hypothéqués en même temps..... que ledit immeuble. — *Die Vorschriften der kantonalen Gesetze*, vermöge deren bewegliche Sachen..... mitverpfändet werden können, *bleiben in Kraft* — *Rimangono in vigore le prescrizioni delle leggi cantonali* in virtù delle quali, ecc.

« ART. 523. *Les dispositions* concernant le contrat d'entretien viager *demeurent réservées au droit cantonal.* — *Die Bestimmungen* über das Leibgeding..... *bleiben dem kantonalen Rechte vorbehalten.* — *Le disposizioni* sulla pensione vitalizia *sono riservate al diritto cantonale.*

« ART. 83, al. 2. *Il appartient à la législation cantonale d'édicter des dispositions* contre les abus en matière d'intérêt conventionnel. — *Es bleibt der Kantonalgesetzgebung vorbehalten, Bestimmungen* gegen Missbräuche im Zinswesen *aufzustellen.* — *È riservato alla legislazione cantonale di provvedere* contro gli abusi in materia di interessi convenzionali.

« ART. 64. *Les lois* fédérales ou *cantonales peuvent déroger* aux dispositions du présent chapitre, quant à la responsabilité encourue par des employés ou fonctionnaires publics..... *Les lois cantonales ne peuvent néanmoins déroger* à ces dispositions s'il s'agit d'actes... se rattachant à l'exercice d'une industrie. — Ueber die Ersatzpflicht für Schaden, welchen öffentliche Beamte..... verursachen, *können* Bundes- oder *Kantonalgesetze abweichende Bestimmungen aufstellen.* Für gewerbliche Verrichtungen..... *können jedoch die Bestimmungen* dieses Titels *durch Kantonalgesetze nicht geändert werden.* — *Le leggi* federali o *cantonali possono derogare...* per quanto riguarda la responsabilità dei danni, ecc. *Le leggi cantonali non possono però derogare.....* riguardo a quegli atti, ecc.

« ART. 405, al. 2. *Il n'est pas dérogé aux règles* SPÉCIALES *des législations cantonales* sur les agents de change, courtiers ou autres personnes qui, par profession, servent d'intermédiaires dans

les affaires. — *Vorbehalten bleiben die* BESONDEREN *Bestimmungen der Kantonalgesetze* über Mäkler, u. s. w. — *Rimangono ferme le disposizioni* SPECIALI *delle leggi cantonali* sugli agenti di cambio, ecc. »

L'étude comparative de ces textes, choisis à titre d'exemples, confirme pleinement la conclusion déjà indiquée plus haut. Tantôt le législateur fédéral a considéré comme allant de soi que le droit cantonal continuerait à régir tel ou tel domaine en son entier, ou telle ou telle question déterminée ; — tantôt, au contraire, il semble avoir hésité lui-même sur le droit qu'une saine interprétation de l'art. 64 de la constitution fédérale devait faire déclarer applicable, et il a fait lui-même le départ des compétences respectives du droit cantonal et du droit fédéral, en étendant plus ou moins la sphère d'application de ce dernier ; — tantôt, enfin, quoique persuadé qu'il était dans sa compétence d'édicter sur une matière des prescriptions uniformes, il a jugé opportun de faire des concessions plus ou moins importantes au droit cantonal, en les subordonnant parfois à l'existence d'une législation cantonale *spéciale*, par opposition au droit commun.

Il nous reste maintenant à reprendre, les unes après les autres, les diverses réserves contenues dans le Code, en les groupant autant que possible suivant les principales matières auxquelles elles ont trait. Auparavant toutefois une observation s'impose encore. En effet, le Code formule tantôt la réserve en faveur du *droit* cantonal (das kantonale *Recht*, il *diritto* cantonale) ; tantôt il la fait au profit des *lois* cantonales ou de la *législation* cantonale (die kantonalen *Gesetze*, die kantonale *Gesetzgebung* ; le *leggi* cantonali, la *legislazione* cantonale). Pourquoi cette différence ? Il nous paraît qu'elle s'explique naturellement par le fait que plusieurs cantons de la Suisse allemande (Uri, Schwyz, Obwald, Bâle-Campagne, Appenzell Rh.-Int.) ne possèdent pas une codification de l'ensemble du droit civil et même seulement un nombre restreint de lois spéciales réglant des matières de droit privé, tandis que dans les autres cantons il existe, sinon des codes civils complets, du moins (à Nidwald, Bâle-Ville, Appenzell Rh.-Ext., St-Gall et

Thurgovie) des lois étendues sur les parties essentielles du droit privé[1]. Ce qui semble justifier cette explication, c'est que le texte français du Code (art. 198, 211 al. 3, 394 al. 3, 507 et 889), ainsi que le texte italien (art. 35 al. 3, 76, 394 al. 3 et 507) parlent dans plusieurs dispositions de *lois* ou de *législations* cantonales, alors que le texte allemand de ces mêmes articles se sert simplement de l'expression « kantonales *Recht* ». En effet, les cantons de langue francaise ou italienne possédant tous une codification, le mot *loi* pouvait sans danger y être substitué à celui de *droit*. Mais il semble, d'autre part, que dans les cas où le texte allemand ne réserve que les dispositions de *lois* ou de *législations* cantonales (art. 64, 83 al. 2, 105 al. 2, 210 al. 3, 211 al. 1, 231 al. 2, 281 al. 3, 845 al. 2, 859 al. 2, 880, 890 et 899), le Code n'ait pas entendu faire la réserve en faveur d'un droit purement coutumier ou de statuts locaux, mais seulement au profit de lois cantonales proprement dites[2].

SECONDE PARTIE

ANALYSE DES RÉSERVES FAITES PAR LE CODE FÉDÉRAL DES OBLIGATIONS EN FAVEUR DU DROIT CANTONAL

I. — *Réserves se rattachant au droit public et administratif.*

Comme l'on l'a déjà dit, certaines des réserves que le Code fédéral des obligations fait en faveur des cantons concernent des matières qui se rattachent de plus ou moins près au droit public et administratif de ces derniers.

A. Ici nous trouvons en première ligne celles qui se justifient par des considérations tirées de l'organisation des pouvoirs publics

[1] Comp. HUBER, *System*, t. I, p. 50 et suiv.
[2] Comp. A. SCHNEIDER, dans la *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, t. XXVI, p. 176.

cantonaux et tout d'abord celle contenue à l'ART. 38 C. O., statuant que c'est le droit cantonal qui règle le *pouvoir de contracter pour autrui, en tant qu'il découle du droit public* (cantonal). Le motif de cette réserve n'a guère besoin d'être indiqué : les pouvoirs dont il s'agit ne peuvent être déterminés que par la volonté du commettant; or, lorsque celui-ci est un canton ou un autre organisme régi par le droit cantonal, c'est à ce dernier également qu'il appartient de dire quels sont les organes appelés à former sa volonté et suivant quelles formes elle doit se manifester. En application de cette disposition, il a été admis, entre autres, que c'est le droit cantonal qui règle le point de savoir si une commune ou une fondation publique est engagée par les actes faits en son nom par des personnes agissant comme ses représentants [1]. Il en est de même des pouvoirs nécessaires au membre d'un gouvernement cantonal à l'effet de conclure un emprunt au nom de son canton [2].

Dans un ordre d'idées différent, l'ART. 64 C. O. autorise les lois cantonales à déroger aux dispositions du chapitre visant les obligations résultant d'actes illicites, quant à la *responsabilité encourue par des employés ou fonctionnaires publics à raison des dommages qu'ils causent dans l'exercice de leurs attributions*. Toutefois, à teneur de l'alinéa 2 du même article, une telle dérogation n'est pas permise « s'il s'agit d'actes d'employés ou de fonctionnaires publics se rattachant à *l'exercice d'une industrie* ». Ici encore — du moins pour le cas visé au premier alinéa — il ne s'agit au fond que de tirer les conséquences du système adopté par le droit cantonal pour l'organisation des pouvoirs publics. En revanche, cette préoccupation ne paraît plus justifiée alors qu'il plaît à une administration publique *cantonale* (c'est-à-dire régie par le droit cantonal, ensorte que ce terme embrasse aussi les administrations *communales*) d'entreprendre à son profit l'exploitation d'une industrie. Dans ce cas le Code entend qu'elle soit placée sur le même pied que le particulier ou la personne morale qui exercerait la même industrie et qu'elle encoure, s'il y a lieu, la même responsabilité

[1] TF., 5 juin 1886, XII, 338, n° 3. — 30 septembre 1892, *Journ. des Trib.*, 1892, p 751.
[2] TF., 9 novembre 1894, XX, 1175, n° 4.

(comp. art. 62, al. 2)[1]. Mais à part ce cas plutôt exceptionnel et toutes les fois qu'il s'agit de dommages causés par des fonctionnaires ou employés dans l'exercice d'attributions purement *publiques* dépendant du droit cantonal, il est loisible à ce dernier de déroger comme il l'entend aux dispositions des art. 50 et suivants; il dépend de lui, par conséquent, d'exclure complètement leur responsabilité ou tout au moins de la restreindre, tout comme, réciproquement, il pourrait l'étendre ou l'aggraver. Toujours est-il que si les cantons ne font pas usage de cette faculté qui leur est laissée, le Code fédéral demeure applicable, comme droit subsidiaire, en ce qui concerne la responsabilité des dits fonctionnaires ou employés[2]. Il convient d'ailleurs, vu le motif de la réserve dont il s'agit ici, de donner un sens large à ce terme de « *fonctionnaires* publics »; ainsi il a été jugé que les membres d'un Grand Conseil cantonal rentrent dans cette catégorie, d'où suit qu'il est loisible à la législation cantonale de leur accorder certaines immunités parlementaires[3].

Au surplus, la réserve que l'art. 64 fait en faveur du droit cantonal ne concerne directement que la responsabilité *personnelle* de l'employé ou du fonctionnaire public qui a causé le dommage. Elle demeure absolument étrangère à la responsabilité éventuelle, primaire ou subsidiaire, de l'*Etat* (canton) ou de tel autre organisme relevant du droit public cantonal (la commune, par exemple) qui lui a confié les attributions au cours desquelles il a commis une faute. Toutefois cette responsabilité-là est aussi régie par le droit cantonal, et cela par le motif qu'elle a sa source dans les principes

[1] Il a été jugé que le fait, par une commune, d'exploiter une machine à battre le grain constitue l'exercice d'une industrie au sens de cette disposition. TF., 29 janvier 1892, XVIII, 291, n° 4. — Il en est autrement. en revanche, si une commune met un *stand* à la disposition des tireurs, moyennant finance, TF., 20 décembre 1890, XVI, 814, n° 3, — ou si elle loue à des industriels des places de marché sur le domaine public, 16 mars 1895, *Journ. des Trib.*, 1895, p. 341. Ne constitue pas non plus l'exercice d'une industrie le fait, par un canton, d'entretenir un asile d'aliénés dans un but d'utilité publique, et cela alors même qu'il y recevrait aussi des pensionnaires payants. TF., 19 février 1892, XVIII, 392.

[2] TF., 3 décembre 1887, XIII, 512; 14 novembre 1890, XVI, 801, n° 3; 27 avril 1894, XX, 479, n° 3; 25 octobre 1894, XX, 1165, n° 2. — 9 décembre 1887, *Sem. jud.*, 1888, p. 117. — 15 juillet 1892, *Journ. des Trib.* 189', p. 590, n° 2.

[3] TF., 17 novembre 1893, XIX, 851, n° 5. — Mais de telles immunités ne sont pas de plein droit, TF., 19 décembre 1884, X, 517.

du droit public cantonal (art. 76 C. O.); elle n'existe d'ailleurs, d'après la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, que si elle découle d'une disposition *expresse* de ce droit [1].

Effectivement l'ART. 76 C. O. porte d'une manière toute générale que les *obligations qui se fondent sur les principes du droit public* (cantonal) « sont régies, quant à leur formation, par le droit cantonal ». En tant que cette disposition peut concerner la responsabilité de l'Etat (canton) ou des communes à raison des dommages causés par leurs fonctionnaires ou employés dans l'exercice de leurs fonctions, il n'appartenait pas au droit fédéral d'imposer celle-ci aux cantons, à moins toutefois qu'il ne s'agît de l'exploitation d'une entreprise industrielle. Mais pour les autres obligations ayant leur source dans le droit public cantonal [2], il était de même conforme à la nature des choses qu'elles fussent régies non par le droit fédéral, mais par le droit cantonal. En fait, cependant, le texte de l'art. 76 ne réserve expressément l'application de ce dernier qu'en ce qui concerne la *formation* (Entstehung) de ces obligations, ce qui exclurait ainsi l'application des art. 1 à 75 C. O. (en tant seulement, bien entendu, qu'ils seraient invoqués à titre de droit *fédéral*). Mais de plus, à teneur de l'art. 146, al. 3, c'est aussi le droit cantonal qui régit l'*extinction* de ces obligations par l'effet de la *prescription*. En revanche, on peut hésiter sur le point de savoir si les obligations fondées sur une cause dérivant du droit public cantonal ne doivent pas tout au moins être

---

[1] TF., 13 février 1886, XII, 233, n° 2; 1er octobre 1886, XII, 714, n° 7; 21 février 1890, XVI, 253, n° 7; 9 septembre 1892, XVIII, 503, n° 3; 12 septembre 1894, XX, 397. — 3 avril 1891, *Journ. des Trib.*, 1891, p. 295, n° 4; 23 septembre 1892, *Journ. des Trib.*, 1892, p. 752. — Il suit de là qu'à moins d'une disposition expresse de ce genre, la responsabilité pèse seulement sur l'auteur du dommage et non sur le canton ou la commune. Comp. TF., 13 février 1886, XII, 233, n° 2; 19 février 1892, XVIII, 393, n° 2; 6 décembre 1895. — Sur la responsabilité civile de l'Etat et des communes à raison des délits commis par leurs fonctionnaires et employés, voir en outre les rapports présentés en 1888 à la Société suisse des juristes par MM. E. ZIEGLER et EUG. BOREL, ainsi que la discussion qui a suivi. *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, XXIX, p. 481 à 562, et 621 à 640. — Comp. aussi HAFNER, *Das schweizerische Obligationenrecht*, 2me éd., note 4 sur l'art. 64 et note 4 sur l'art. 76.

[2] Par exemple l'obligation de l'expropriant d'indemniser l'exproprié, en tant qu'elle découle du droit cantonal et non de la loi fédérale du 1er mai 1850. Comp. TF., 16 janvier 1891, XVII, 103, n° 2.

soumises au droit fédéral quant à leurs *effets*, leurs *modalités*, leur *cession* et leur *extinction* pour des causes autres que la prescription, de telle sorte que les art. 77 à 128, 129 à 145, 162 à 182, et 183 à 198 leur seraient applicables. Le texte de la loi milite en faveur de cette dernière manière de voir; cependant il ne semble guère qu'il existe des motifs intrinsèques pour justifier une pareille distinction, et cela d'autant moins que pour les obligations ou contrats de nature purement obligatoire que le Code réserve au droit cantonal, il ne la fait pas, mais admet au contraire l'application de celui-ci dans toute son étendue[1].

On peut encore rapprocher du principe posé à l'art. 76 celui consacré par l'ART. 349, *chiffre 1* C. O., à teneur duquel les dispositions de ce code sur le *louage de services* ne dérogent pas non plus au droit public des cantons en ce qui concerne les *employés et fonctionnaires publics*. En d'autres termes, les rapports juridiques existant entre un canton ou un autre organisme de droit public cantonal, d'une part, et ses employés ou fonctionnaires publics, d'autre part, du chef de leurs fonctions, relèvent du droit cantonal et non du droit fédéral. Cette réserve s'explique par le fait qu'il n'existe pas, à proprement parler, de contrat de louage de services entre l'administration publique et son employé ou fonctionnaire; l'obligation de ce dernier de remplir ses fonctions rentre dans le droit public cantonal et est régie par lui, d'où résulte qu'il n'a aucun droit d'action qui lui permette de contraindre l'administration à laquelle il appartient de le maintenir en fonctions. En revanche, son droit à percevoir le traitement afférent à ses fonctions constitue un droit privé qui ne saurait lui être enlevé tant qu'il remplit celles-ci[2]. Mais, à teneur de l'art. 76, ce

[1] Comp. ce qui sera dit plus bas à propos des réserves concernant le droit de famille. Voir aussi HAFNER, *Das schweizerische Obligationenrecht*, note 1 sur l'art. 76, qui admet en principe l'application du droit fédéral quant aux *effets* et à *l'extinction* des obligations fondées sur le droit public cantonal, en tant du moins qu'il n'y a pas lieu d'appliquer à cet égard des règles spéciales; ROGUIN, *Rapport*, loc. cit., p. 600; HABERSTICH, *Beitræge*, p. 135; ROSSEL, *Manuel du droit fédéral des obligations*, p. 126.

[2] TF., 1er octobre 1886, XII, 709 et suiv., n° 2; 9 juillet 1887, XIII, 347, n° 2; 4 novembre 1887, XIII, 534 et suiv., nos 1 et 2; 30 mars 1894, XX, 248, n° 3. — 21 mars 1894, *Journ. des Trib.*, 1894, p. 325 et suiv., nos 1 et 2. — Comp. HAFNER, *Das schweizerische Obligationenrecht*, 2me éd., notes 1 et 2 sur l'art. 349.

droit privé relève aussi, semble-t-il, du droit cantonal, bien que l'art. 349, chiffre 1, ne le dise pas expressément.

B. Les réserves que nous venons de passer en revue ont toutes trait, dans une certaine mesure, à l'organisation des pouvoirs publics cantonaux. D'autres se rattachent plutôt à la police administrative.

Il en est ainsi, en première ligne, de l'ART. 68, réservant les *règlements de police* destinés à protéger les personnes et les propriétés contre les *dangers provenant d'un bâtiment ou ouvrage qui menace ruine*. Il s'agit ici d'une simple mesure de police administrative, qui rentre naturellement dans la compétence des cantons. Ainsi que cela semble d'ailleurs résulter du texte allemand du Code, qui se sert de l'expression plus générale de *Anordnungen der Polizei,* il ne paraît pas nécessaire qu'il existe à proprement parler un *règlement de police* (cantonal ou communal) visant le cas. Il suffit que l'autorité cantonale compétente ait, en vertu du droit cantonal, le pouvoir d'intervenir en cas de danger, pour que la réserve faite par l'art. 68 puisse déployer ses effets.

C'est ausssi pour des motifs tirés de la police administrative que l'ART. 231, *al.* 2, a réservé à la législation cantonale la faculté de restreindre ou même de supprimer complètement le droit de poursuivre en justice le paiement des *créances résultant de la vente au détail des boissons spiritueuses*, y compris les *dépenses d'auberge*[1].

D'après l'ART. 405, *al.* 2, le Code des obligations ne déroge pas non plus aux règles spéciales des législations cantonales sur les *agents de change. courtiers* et autres personnes qui, par profession, servent d'*intermédiaires* dans les affaires. C'est ici l'un des cas assez rares où le Code ne fait la réserve qu'en faveur des dispositions *spéciales* que les législations cantonales peuvent renfermer relativement à un objet déterminé. Il suit de là que si un canton, estimant que le droit commun est suffisant en ce qui concerne la

[1] Comp. HUBER, *System*, t. III, p. 735 et suiv.

catégorie plus haut indiquée d'intermédiaires, ne fait pas usage de son droit d'édicter des prescriptions spéciales les concernant, les personnes dont il s'agit tomberont effectivement sous le coup du droit commun ; seulement celui-ci sera le droit fédéral, c'est-à-dire le chapitre du Code des obligations traitant du mandat (al. 1 de l'art. 405), et non le droit cantonal [1].

Le motif législatif de cette réserve réside dans le fait que dans certaines localités, surtout dans les grands centres, le public est généralement obligé par les circonstances d'avoir recours à des intermédiaires pour conclure certaines transactions usuelles (achats et ventes d'immeubles, négociation de fonds publics, location d'appartements, engagement de domestiques, etc.). L'impossibilité pratique où l'on est de se passer de ces intermédiaires crée forcément une supériorité économique en leur faveur vis-à-vis de ceux qui sont dans le cas d'avoir recours à leurs services et de là peut naître également la nécessité de protéger le public, partie plus faible, contre l'exploitation dont il pourrait être victime de la part de ces sortes de professionnels. C'est aussi ce qui explique pourquoi, en dehors de dispositions *spéciales*, c'est-à-dire adaptées aux conditions particulières des contrées ou des localités qui éprouvent le besoin d'en avoir, il n'existait aucun motif pour réserver d'une manière générale le droit cantonal concernant cet objet. La réserve de l'art. 405, al. 2, se rattache donc aussi à des considérations tirées du droit public [2].

C. Une place à part doit être faite à l'ART. 613 C. O., qui déclare les dispositions sur les sociétés anonymes inapplicables aux *établissements* (banques, caisses d'assurance, etc.) qui sont *fondés par des lois cantonales spéciales et administrés avec la*

---

[1] Comp. TF., 3 mai 1895, XXI, 496, n° 1.

[2] Comp. HUBER, *System*, t. III, p. 667, lettre *c*. — C'est à tort, semble-t-il, que HABERSTICH, *Beitræge*, p. 228 et suiv., fait rentrer les avocats et les notaires dans la catégorie des personnes faisant profession de servir d'intermédiaires dans les affaires. En effet leur rôle est essentiellement celui d'officiers publics ; il est vrai qu'à ce titre ils sont aussi soumis au droit cantonal, mais ce n'est pas là une conséquence de l'art. 405, al. 2. Voir, en ce qui concerne les avocats, l'arrêt cité par SCHNEIDER et FICK, à la note 4 sur l'art. 405.

participation d'autorités constituées, lorsque l'Etat (c'est-à-dire le canton) se déclare subsidiairement responsable des dettes de la société, et encore que le capital nécessaire ait été en tout ou en partie, divisé en actions et fourni par des particuliers.

Il y a lieu, du reste, de rapprocher cette prescription de celle de l'art. 899, à teneur duquel les dispositions du Code sur les sociétés en commandite ou anonymes (soit les titres XXV et XXVI) ne sont pas applicables aux établissements (banques, caisses d'assurance, etc.) qui ont été fondés antérieurement au 1er janvier 1883 par des lois cantonales spéciales, et qui sont administrés avec le concours d'autorités constituées.

Du moment que des cantons assument une responsabilité au moins subsidiaire pour les opérations d'établissements financiers créés par eux et administrés avec leur participation, il était naturel d'abandonner également au droit cantonal le soin de régler les rapports de droit résultant du fait de l'association, soit de la coopération financière ou administrative de ces cantons et des particuliers intéressés à l'entreprise. En revanche les art. 613 et 899 ne doivent pas être étendus au delà de ce qui concerne le droit de société. C'est ainsi qu'il a été admis que ces établissements sont soumis, comme les autres sociétés, aux dispositions du Code sur les raisons de commerce[1].

Au surplus rien n'empêche les cantons de déclarer également que les dispositions du Code fédéral sur les sociétés seront applicables aux établissements de ce genre, en tant qu'elles ne sont pas incompatibles avec les prescriptions spéciales renfermées dans les lois cantonales qui ont créé et organisé ces derniers. Seulement il va de soi que dans ce cas le Code des obligations sera appliqué à titre de droit cantonal et non de droit fédéral[2].

---

[1] TF., 3 juillet 1891, XVII, 411 et suiv., n° 2. — En revanche, il appartient au législateur cantonal de prescrire que les obligations émises par l'établissement créé par lui ne pourront être au porteur, mais devront être nominatives. TF., 19 octobre 1893, XIX, 984 et suiv., n° 10.

[2] TF., 12-13 octobre 1888, XIV, 691, n° 1.

D. Au fond, le droit des cantons de créer et d'organiser certains établissements financiers peut d'ailleurs être considéré comme une simple conséquence du droit qui leur appartient de créer non-seulement des *corporations de droit public*, mais encore d'octroyer la qualité de personnes morales à certaines *associations d'un caractère privé* qui ne rentrent pas dans la catégorie de celles auxquelles le droit fédéral accorde de son chef la personnalité juridique. Bien que ce sujet touche aussi, à certains égards, au droit des personnes, partant au droit privé, nous croyons néanmoins pouvoir l'examiner dès maintenant dans son ensemble, attendu qu'en cette matière les considérations tirées du droit public influencent toujours fortement celles déduites du droit civil. Les ART. 717 à 719 C. O. en sont du reste la preuve. A la vérité, l'art. 718 réserve seulement les dispositions du droit *public* cantonal qui restreignent ou interdisent certaines espèces d'associations. Mais l'art. 719 fait déjà un pas de plus du côté du droit privé, lorsqu'il abandonne au droit cantonal le soin de régler non seulement ce qui concerne la création et la situation des corporations de droit public, mais encore celles des *fondations* et *autres personnes morales (sociétés d'allmends*, etc.). Enfin l'art. 717 reconnaît implicitement le droit des cantons de conférer la personnalité juridique à des sociétés *privées* même non inscrites au registre du commerce, si elles poursuivent un but intellectuel ou moral.

Il est donc incontestable, en première ligne, que le Code fédéral des obligations a entendu réserver d'une manière complète le droit cantonal régissant la situation de corporations revêtant un caractère *public*, telles, par exemple, que les associations religieuses, les couvents, les établissements hospitaliers, les universités, etc. En conséquence, c'est le droit cantonal qui détermine sous quelles conditions ces corporations peuvent être créées, comment elles doivent être organisées et représentées, quelle en est la responsabilité, comment doit se faire le contrôle de leur administration, enfin pour quelles causes et de quelle manière la dissolution doit en avoi lieu.

D'autre part, le Code réserve au droit cantonal tout ce qui con-

cerne les *fondations* (Stiftungen), et cela sans qu'il y ait lieu de distinguer suivant qu'elles ont un caractère public ou que leur nature soit purement privée.

Enfin, à teneur de l'art. 719, il appartient également au droit cantonal de conférer la personnalité juridique encore à d'autres institutions de caractère public, mixte ou privé, et même, d'après l'art. 717, al. 1, elle peut l'être à des *sociétés* (Vereine) non inscrites au registre du commerce, pourvu toutefois qu'elles ne poursuivent pas un but économique ou financier, mais bien un *but intellectuel ou moral* (ideale Zwecke). C'est en vertu de cette réserve que le nouveau Code civil de Zurich, par exemple, a pu continuer à appliquer à ces sortes d'associations les dispositions très libérales de l'ancienne loi relatives à la création des corporations de droit privé[1]. Le droit fédéral n'y met aucun obstacle.

Si des doutes ne s'élèvent guère sur la portée des réserves contenues aux art. 717 à 719 en ce qui concerne les catégories de personnes juridiques qui se trouvent encore soumises au droit cantonal, il n'en est pas de même, en revanche, quant aux *droits qui découlent de la personnalité juridique conférée par le Code* aux corporations (sociétés anonymes, associations et autres sociétés) qui se font inscrire au registre du commerce conformément aux art. 623, 678 et 716. Cette personnalité civile du droit *fédéral* assure-t-elle aux corporations qui l'ont acquise la jouissance de tous les droits qui appartiennent aux personnes morales du droit *cantonal,* ou bien doit-elle se limiter à la jouissance des droits qui sont réglés par le Code des obligations lui-même ? La question est surtout d'une haute importance pratique quant au droit d'acquérir par disposition entre vifs ou à cause de mort : ce droit — incontestablement régi en principe par la loi cantonale — appartient-il aux sociétés inscrites au registre du commerce par le seul effet de l'accomplissement des formalités prescrites par le Code fédéral pour l'acquisition de la personnalité juridique, — ou bien, au

[1] Code civil de Zurich, §§ 17 à 39. — Comp. *Message* du Conseil fédéral concernant le Code des obligations, *Feuille fédérale* de 1880, t. I, p. 181 ; Huber, *System*, t. I, p. 156 et suiv. ; Haberstich, *Beitræge,* p. 213 et suiv.

contraire, ne peut-il leur être conféré que par le droit cantonal, comme une conséquence attachée à leur reconnaissance comme personnes morales cantonales ? Le Tribunal fédéral n'a pas eu jusqu'ici, croyons-nous, l'occasion de trancher la question. Il nous semble cependant qu'elle devrait l'être dans le sens de la seconde alternative, ainsi que l'admet aussi M. le professeur Heusler[1]. L'art. 64 de la constitution fédérale a exclu de l'unification le droit de succession et de même les donations se trouvent réservées d'une manière complète au droit cantonal. Le Code des obligations, de son côté, n'a pas touché et n'a pas voulu toucher à ces matières, et néanmoins on voudrait lui prêter l'intention de décider de son chef que les personnes juridiques créées par lui jouiraient du droit d'acquérir par succession ou par donation ? Assurément cela paraîtrait étrange. Au contraire, il semble bien plus conforme à l'intention du législateur que la personnalité juridique instituée par le Code fédéral ne s'applique qu'aux transactions que ce code a lui-même réglées, à l'exclusion de celles qui continuent à être régies par le droit cantonal, et sauf, bien entendu, les exceptions découlant de la loi fédérale elle-même[2]. On peut, à la vérité, objecter que la loi fédérale du 22 juin 1881 sur la capacité civile règle celle des personnes physiques non seulement pour les rapports juridiques soumis au droit fédéral, mais d'une manière générale pour tous les actes de la vie civile[3], et soutenir qu'il doit en être de même pour les personnes juridiques. Mais cet argument se trouve infirmé précisément par le fait que la loi précitée n'a disposé qu'en ce qui concerne les personnes physiques, et que, quant aux personnes

---

[1] Heusler, *Zur Lehre von den juristischen Personen*, dans la *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, t. XXX, p. 402 et suiv. — *Contra*, Affolter, *Zur Lehre von den juristischen Personen*, dans le même périodique, t. XXXI, p. 9 et suiv.

[2] C'est ainsi que l'art. 625, al. 1, autorise expressément les sociétés anonymes à acquérir des droits de propriété et d'autres droits réels, *même sur des immeubles*. Cette disposition — qui se retrouve d'ailleurs à l'art. 559 pour la société en nom collectif et à l'art. 597 pour la société en commandite, mais qui ne figure point dans les titres concernant les associations et les autres sociétés *(Vereine)* — serait absolument superflue si la personnalité juridique du droit fédéral emportait *ipso jure* le droit de faire tous actes quelconques. Elle s'explique au contraire si l'on se rappelle que les ventes d'immeubles sont entièrement régies par le droit cantonal.

[3] Voir plus bas à propos des réserves concernant le droit des personnes.

juridiques, ce n'est point une loi générale, mais le Code des obligations, c'est-à-dire une loi restreinte à certaines transactions qui a déterminé les droits découlant de leur personnalité. Au surplus, et du moins en ce qui concerne le droit ou le refus du droit d'acquérir par disposition entre vifs ou à cause de mort, il ne s'agit pas ici d'une simple conséquence de la capacité civile (*Handlungsfähigkeit*), mais bien plutôt de la jouissance même des droits civils (*Rechtsfähigkeit*), que le législateur peut accorder dans une mesure plus large ou plus restreinte.

E. Pour terminer enfin ce qui concerne les réserves se justifiant par des considérations tirées du droit public cantonal, nous devons rappeler encore les ART. 281, *al. 3* et 314, *al. 3*. qui réservent l'effet des lois cantonales sur l'*expropriation pour cause d'utilité publique* au cas où l'objet d'un *bail à loyer ou à ferme* vient à être exproprié[1], ainsi que l'ART. 859, qui a abandonné aux cantons les dispositions organiques et d'exécution relatives à la *tenue du registre du commerce*.

II. — *Réserves touchant au droit pénal et à la procédure.*

A. La circonstance que le *droit pénal* est encore du ressort des cantons, pour la partie de beaucoup la plus importante, a naturellement obligé les rédacteurs du Code fédéral des obligations à leur réserver un certain nombre de questions qui se trouvent en connexité avec leur législation pénale.

C'est ainsi que l'ART. 880 a abandonné aux cantons le soin d'édicter des peines contre ceux qui contreviendraient aux obligations imposées par les art. 877 et 878 en ce qui concerne la *tenue*

[1] Comp. JANGGEN, *Darstellung und Kritik der Bestimmungen des schweiz. Obligationenrechts über die Sachmiethe*, Bâle, 1889, p. 72; HEUBERGER, *Die Sachmiethe nach dem schweizerischen Obligationenrecht*, Zurich, 1889, p. 84.

des livres de comptabilité, ainsi que relativement à leur conservation et à celle des lettres et télégrammes en matière commerciale.

La disposition de l'ART. 69, *al. 2 C. O.*, doit également sa raison d'être aux compétences qui appartiennent aux cantons quant à la *prescription* de l'action pénale. En effet, il serait contraire à tous les sentiments de justice que l'action en dommages et intérêts du lésé se trouvât déjà prescrite, alors que l'auteur du délit pourrait encore être recherché au moyen de l'action publique. En revanche, il va de soi que le droit cantonal ne saurait subordonner l'exercice de l'action civile fondée sur les art. 50 et suivants C. O. à la condition qu'une poursuite pénale soit préalablement intentée à raison du même fait [1]. De même l'action civile en dommages et intérêts qui se fonde sur un délit de presse est exclusivement régie par le droit fédéral, de telle sorte que les prescriptions des lois pénales cantonales qui admettent le système de la responsabilité « par cascades » ou telle autre dérogation au droit pénal commun demeurent sans influence sur l'obligation purement civile de réparer le préjudice matériel ou moral causé par le délit [2].

Mais la plus importante des réserves du droit cantonal qui s'appuient sur des considérations tirées du droit pénal est incontestablement celle renfermée aux ART. 83, *al. 2,* et 337, à teneur desquels il appartient à la législation cantonale d'édicter des dispositions contre les *abus en matière d'intérêt conventionnel*, et aussi, spécialement, de déterminer le *maximum du taux de l'intérêt licite en matière de prêts hypothécaires* [3]. Dans un bon nombre de cantons l'usure est encore ou est de nouveau punie comme un délit [4]. D'autre part, le maximum du taux licite en matière hypo-

[1] TF, 10 juin 1892, XVIII, 340, n° 3.

[2] TF., 21 février 1891, XVII, 158, n° 2. — Comp. les rapports présentés en 1886 à la Société suisse des juristes sur cette question par MM. C. STOOSS et B. VAN MUYDEN, ainsi que la discussion qui a suivi. *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, XXVII, p. 571 à 624 et 649 à 673 ; PACCAUD, *Du régime de la presse en Europe et aux Etats-Unis*, Lausanne, 1887, p. 209 et suiv.

[3] Comp. HUBER, *System*, III, p. 668.

[4] C. STOOSS, *Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts*, t. II, p. 131 et suiv. Comp. les rapports présentés en 1884 à la Société suisse des juristes, sur la question de l'usure, par MM. J.-L. WEIBEL et G. CORREVON, ainsi que la discussion à laquelle ils ont donné lieu. *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, XXV, p. 585 à 638 et 692 à 720. — L'art. 80 du premier avant-projet du Code pénal suisse réprime aussi l'usure.

thécaire est aussi fixé par la loi dans certains cantons et l'on sait, par exemple, que l'art. 15 de la constitution de Nidwald, qui garantissait en cette matière (du moins en fait) le taux de 5 %, a donné lieu, ces derniers temps, à tout un mouvement populaire qui l'a fait réduire à 4 %[1].

De ce que les dispositions destinées à réprimer les abus en matière d'intérêt conventionnel sont abandonnées aux cantons, la jurisprudence a inféré, entre autres, que c'est le droit cantonal et non le Code fédéral qui régit la question de savoir si une convention doit être déclarée nulle comme usuraire. En effet, le droit des cantons de combattre l'usure par la voie législative ne doit pas se limiter au domaine pénal; il leur confère aussi la compétence nécessaire pour déterminer les effets civils des transactions usuraires[2].

B. Pour d'autres dispositions du Code des obligations la réserve du droit cantonal s'explique par la connexité intime où elles se trouvent avec la *procédure civile*, qui est demeurée dans le ressort des cantons, ou encore avec les dispositions concernant *la poursuite pour dettes et la faillite*, qui rentraient également dans leur compétence avant le 1er janvier 1892, date de l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la matière.

C'était là, tout d'abord, la raison d'être de l'ART. 889 C. O., qui réservait, jusqu'à l'adoption de cette loi, l'application du droit cantonal en ce qui concerne l'exercice de l'*action paulienne*[3], ainsi que de l'ART. 886, qui le laissait subsister, jusqu'à la même date, relativement aux *droits de gage judiciaires*[4]. Aujourd'hui ces questions sont régies par le droit fédéral.

L'ART. 394, *al. 3*, doit son origine à des considérations d'un

---

[1] Un recours de droit public adressé au Tribunal fédéral contre cette décision de la Landsgemeinde n'a pas abouti. Mais il reste à savoir si l'Assemblée fédérale accordera la garantie fédérale à la modification constitutionnelle qui consacre cette réduction du taux des *Gülten*.

[2] TF., 6 novembre 1891, XVII, 664, n° 7; 15 décembre 1894, XX, 1087, n° 6.

[3] Comp. TF., 13 février 1885, XI, 75, n° 7; 25 juin 1886, XII, 305, n° 3; 15 janvier 1887, XIII, 74, n° 2; 29 janvier 1887, XIII, 81, n° 4; 10 mars 1888, XIV, 116, n° 5.

[4] Sur la portée de cette disposition, comp. TF., 18 avril 1891, XVII, 282 et suiv., n° 2.

genre analogue. Il est évident, en effet, que le point de savoir s'il faut à un *mandataire* des *pouvoirs spéciaux pour faire, dans le cours d'une instance* (in einem anhängigen Rechtsstreite), *certains actes ou certaines déclarations*, est avant tout une question de procédure et partant, dans la règle, régi par le droit cantonal.

Il peut sembler assez singulier, au premier abord, que tandis que le Code a évité d'une manière générale de poser des principes qui eussent pu empiéter sur le domaine de la procédure contentieuse et de la procédure d'exécution, l'ART. 720, *al. 2*, ait néanmoins réglé de son chef un point spécial qui s'y rattache. Cet article statue en effet que l'art. 812 et les dispositions spéciales (c'est-à-dire plus rigoureuses que le droit commun) d'autres lois fédérales ou *cantonales*, concernant la *procédure* ou les *voies d'exécution en matière de lettre de change* seront exclusivement applicables aux personnes et aux sociétés inscrites au registre du commerce[1]. C'est là, sans nul doute, une disposition qui a dérogé immédiatement, dans une certaine mesure, aux lois cantonales sur la poursuite pour dettes. Mais il est à noter que le législateur fédéral a reconnu à *toute* personne le droit de s'obliger par lettre de change; ce faisant, il avait des motifs majeurs pour déterminer du même coup quelles seraient les conséquences de ce système au point de vue de la procédure d'exécution, et il pouvait d'autant mieux le faire que l'art. 64 de la constitution l'autorisait également, déjà à cette époque, à légiférer en matière de poursuite pour dettes.

On peut rattacher aussi à la procédure la disposition de l'ART. 161 C. O., à teneur de laquelle l'*extinction des créances pour défaut de production ou d'intervention en cas d'invitation officielle et publique* est régie par le droit cantonal. A la vérité, depuis l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes, cette disposition ne concerne plus guère que des institutions qui rentrent dans le droit de famille ou de succession, spécialement le bénéfice d'inventaire[2], et aussi, dans certains cantons, les appels

---

[1] Comp. aussi l'art. 842, qui excepte de ces mêmes rigueurs les poursuites se fondant sur des titres (à ordre) qui ne renferment ni les mots « de change », ni celui de « chèque ».

[2] Comp. TF., 3 mars 1893, XIX, 157 ; 24 février 1894, XX, 177 et suiv., n° 5.

aux créanciers qui se font à l'occasion d'une mise sous tutelle ou d'une interdiction [1].

L'*obligation des parties de produire certains documents* en cas de procès (Editionspflicht) découle également, dans la règle tout au moins, des lois de procédure et partant, dans la plupart des cas, du droit cantonal. On doit admettre dès lors que le législateur fédéral a entendu la réserver au droit cantonal, pour autant qu'il n'en a pas disposé autrement d'une manière expresse [2]. Cependant l'ART. 879 C. O. oblige les personnes astreintes à tenir des *livres de comptabilité* (c'est-à-dire celles tenues [voir art. 877] de se faire inscrire au registre du commerce) à *produire* ces livres, ainsi que leur *correspondance*, en cas de contestations relatives à l'exploitation d'un commerce ou d'une industrie. Cette disposition ne peut guère être considérée comme un empiètement du Code fédéral sur la procédure cantonale ; elle se borne plutôt à indiquer et à sanctionner l'une des conséquences pratiques les plus importantes de l'obligation imposée aux commerçants de tenir des livres de comptabilité, et à ce point de vue elle rentre dans le cadre du droit commercial que la Confédération a la compétence d'unifier en vertu de l'art. 64 de la constitution. Aussi la jurisprudence a-t-elle admis que l'obligation résultant de l'art. 879 ne concerne que les pièces ayant trait aux rapports de droit qui existent entre les parties en cause, à l'exclusion de ceux intéressant des tiers [3], et que la valeur probante des livres de comptabilité dont il s'agit n'est pas régie par le droit fédéral, mais par le droit cantonal [4].

Bien que le Code ne le dise pas expressément, il va sans dire qu'il abandonne également au droit cantonal, comme rentrant dans la procédure, les dispositions relatives au *compromis arbitral*. La jurisprudence n'a pas hésité à le reconnaître à plusieurs reprises [5].

[1] HUBER, *System*, t. I, p. 661 et suiv.
[2] HAFNER, *Das schweizerische Obligationenrecht*, Introduction. p. XXIII.
[3] TF., 25 février 1893, XIX, 300, n° 5.
[4] 21 octobre 1893, *Journ. des Trib.* de 1893, p. 736.
[5] TF., 28 octobre 1887, XIII, 355 et suiv., n° 4; 11 novembre 1892, XVIII, 965 et suiv., n° 2 ; HABERSTICH, *Beitræge*, p. 288 et suiv. — Comp. HUBER, *System*, t. III, p. 676. Mais cet auteur commet ici une erreur évidente lorsque, à côté des §§ du Code civil des Grisons,

C'est de même la procédure cantonale qui détermine dans quelle phase de l'instruction l'*exception de compensation* doit être présentée à peine de tardiveté [1], sauf naturellement, depuis l'entrée en vigueur de la loi sur la poursuite pour dettes, les prescriptions de cette dernière concernant la procédure d'exécution.

Il appartient aussi aux lois cantonales de déterminer la responsabilité civile que peut encourir *ex lege* la partie qui a recours, sans justes motifs, à certains procédés de contrainte, et cela alors même que sa manière d'agir n'implique pas à proprement parler un acte illicite au sens de l'art. 50 C. O. Ainsi le droit fédéral a laissé subsister l'art. 474 de la procédure civile tessinoise, d'après lequel la partie qui fait notifier à son adversaire un *interdetto penale* non justifié (par exemple pour lui interdire de continuer certains travaux), s'oblige à réparation en même temps qu'elle encourt elle-même l'amende dont elle menaçait l'intimé [2].

Mais la réserve de beaucoup la plus importante que le Code a faite en faveur du droit de procédure cantonal est sans contredit celle qui résulte implicitement de l'ART. 9, portant que « les contrats ne sont soumis à une forme particulière, *au point de vue de leur validité*, qu'en vertu d'une prescription spéciale de la loi. » En effet, il résulte de la manière la plus indubitable des débats qui ont eu lieu au sein de l'Assemblée fédérale que ce terme de *validité* est ici opposé à celui de *preuve*, et que spécialement le législateur fédéral n'a nullement entendu abroger les dispositions de procédure qui se trouvent renfermées dans les législations civiles de la Suisse romande et qui restreignent dans une mesure plus ou moins

---

qui traitent effectivement du *compromis arbitral* (Schiedsvertrag), il cite également les art. 2044 Cc. français; 1525 et suiv. Cc. vaudois; 2018 et suiv. Cc. fribourgeois; 1800 et suiv. Cc. valaisan; 1060 et suiv. Cc. neuchâtelois, et 831 et suiv. Cc. tessinois. Ces dernières dispositions ne concernent pas le compromis arbitral, mais la *transaction* (Vergleich), qui peut, dans certains cas, être régie par le droit fédéral, comme on le montrera plus bas. En général, du moins pour les cantons romands, les dispositions relatives au compromis arbitral se trouvent dans les codes de procédure civile, par exemple Fribourg, art. 622 et suiv.; Vaud, art. 332 et suiv.; Neuchâtel, art. 494 et suivants; Tessin, art. 544 et suiv.; Genève, loi de procédure civile de 1891, art. 368 et suiv.

[1] Comp. TF., 14 mai 1886, XII, 245, n° 3; 30 septembre 1887, XIII, 293, n° 2; 5 novembre 1887, XIII, 392, n° 2; 29 mars 1889, XV, 148, n° 3; JANGGEN, *Die Compensation nach schweizerischen Obligationenrecht*, Berne, 1888, p. 125 et suiv.

[2] TF., 27 septembre 1895, XXI, 885 et suiv., n° 2.

forte la *preuve testimoniale des contrats*[1]. En revanche c'est avec raison, croyons-nous, que le tribunal cantonal vaudois a estimé que l'art. 975 du Code civil vaudois, interdisant la preuve de la *simulation* entre les parties contractantes et leurs héritiers, ne peut plus être appliqué en présence de l'art. 16 C. O., du moins pour les contrats qui sont régis par le droit fédéral[2].

III. — *Réserves ayant trait à des matières de droit civil.*

§ 1. **Droit des personnes.**

Si nous passons maintenant aux réserves qui se rapportent au droit privé matériel des cantons, nous devons constater tout d'abord que dans le domaine du *droit des personnes,* le Code fédéral n'en renferme pas d'expresses, sauf cependant celles qu'il fait relativement à la situation des corporations de droit privé et dont il a déjà été question plus haut. Mais malgré ce silence et malgré, d'autre part, la loi fédérale du 22 juin 1881 sur la capacité civile[3],

[1] TF., 5 juillet 1890, XVI, 581 et suiv. — Comp. HAFNER, *Das schweizerische Obligationenrecht,* Introduction, p. XIV et XV; FLAMMER, *loc. cit.*, p. 29 et suiv.; HABERSTICH, *Beitræge,* p. 148 et suiv.; ROSSEL, *Manuel du droit fédéral des obligations,* p. 48 et suiv.: ainsi que les rapports présentés en 1883 sur cette question à la Société suisse des juristes, par MM. A. ZEERLEDER et H. CARRARD, *Zeitschrift für schweizerisches Recht,* t. XXIV. p. 481 à 588 et 609 à 623.

[2] *Journal des Trib.*, 1885, p. 301 et suiv.; 1891, p. 174; 1895, p. 92 et suiv. — D'après CH. SECRETAN, *Remarques sur le Code civil du canton de Vaud,* p. 360, le seul motif qui a fait introduire la disposition de cet art. 975 était une raison politique, savoir le désir d'empêcher des cessions fictives de créances dans le but de procurer les qualités d'électeurs ou d'éligibles à des personnes dénuées de propriété suffisante pour pouvoir en jouir d'après la constitution cantonale de 1814.

[3] Bien que l'analyse de cette loi et des réserves qu'elle contient en faveur du droit cantonal ne rentre pas dans le cadre de ce travail, il convient cependant de noter qu'elle règle la capacité civile non seulement en ce qui concerne les rapports de droit régis par les lois fédérales, mais aussi pour les matières qui relèvent du droit cantonal (par exemple pour la capacité requise du donataire ou de l'acheteur d'un immeuble). TF., 20 juin 1885, XI, 197, n° 4; 28 mai 1885, XII, 388, n° 3; 2 février 1889, XV, 450, n° 2. Mais il faut distinguer entre la capacité purement personnelle de faire certains actes *(Handlungsfæhigkeit)* et la jouissance pleine et entière des droits civils *(Rechtsfæhigkeit),* qui peut être restreinte pour des motifs indépendants de la capacité personnelle des intéressés. Comp. l'arrêt déjà cité du 20 juin 1885 et de plus TF., 6 avril 1894, XX, 652 et suiv., n° 4; FLAMMER, *loc. cit.*, p. 30.

ce domaine n'en demeure pas moins essentiellement régi par le droit cantonal; il en est ainsi, notamment, pour les règles sur les présomptions de survie, l'absence, etc. [1]

§ 2. Droit de famille et de succession. — Marchandes publiques.

A. La compétence législative des cantons est bien plus accentuée encore en ce qui concerne le *droit de famille* et le *droit de succession*. Après l'échec de la tentative de revision de 1872, ce domaine est resté, d'un commun accord, dans le ressort des cantons. Aussi les réserves que font à cet égard l'ART. 38 C. O., relativement au *pouvoir de contracter pour autrui*, en tant qu'il découle de relations de famille ou de succession, et l'ART. 76, quant à la *formation des obligations* qui ont leur source dans ces mêmes rapports, ont-elles une portée purement déclarative. La jurisprudence a eu de très nombreuses occasions de consacrer ce point de vue dans des espèces assez dissemblables. De l'art. 38 elle a tiré notamment cette conséquence que c'est le droit cantonal qui détermine jusqu'à quel point le mari oblige sa femme comme représentant légal de celle-ci [2]. L'application du droit cantonal a de même été admise, en vertu de l'art. 76, en ce qui concerne :

1° l'action en dommages-intérêts fondée sur la rupture de promesses de mariage [3];

2° l'action en paternité, même si elle tend seulement à l'obtention d'aliments en faveur de l'enfant naturel [4];

3° la renonciation du père ou du tuteur à l'exercice des droits dérivant de la puissance paternelle [5];

4° les obligations résultant pour le tuteur de sa gestion [6];

[1] HUBER, *System*, t. I, p. 97 et suiv.
[2] TF., 23 décembre 1887, XIII, 521.
[3] TF., 21 juin 1889, XV, 431 et suiv., nos 3 et suiv.; 17 juin 1893, XIX, 399 et suiv., n° 1
[4] TF., 24 mars 1888, XIV, 121, n° 4.
[5] TF., 1er juin 1888, XIV, 303, n° 2.
[6] TF., 26 mars 1895, XXI, 104, n° 2.

5° la reprise des biens de la femme à la suite de la dissolution du mariage ou d'un jugement prononçant la séparation de biens entre époux ; [1]

6° la question de savoir si une succession doit être ou non considérée comme répudiée et liquidée conformément à la loi sur la poursuite pour dettes ; [2]

7° la responsabilité du mari du chef de l'administration des biens de la femme ; [3]

8° les obligations alimentaires basées sur la parenté, en particulier le point de savoir jusqu'à quel âge les enfants sont en droit d'exiger que leurs parents les entretiennent [4] ;

9° la question de savoir si une indemnité accordée à un époux ensuite d'un accident de chemin de fer dont il a été la victime doit être considérée, en cas de divorce, comme bien propre du dit conjoint, ou rentrer au contraire dans la communauté civile du mariage [5].

B. Tous ces exemples ne font que confirmer ce même principe, c'est que le droit de famille et le droit de succession demeurent absolument étrangers au droit fédéral, à moins que ce dernier n'ait expressément réglé certaines questions qui s'y rattachent. De telles exceptions existent en effet sur certains points spéciaux. Tout d'abord la loi fédérale du 24 décembre 1874, promulguée en exécution de l'art. 54 de la constitution fédérale, a réglé les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage, les formalités relatives à la célébration de celui-ci, les causes de divorce et celles

---

[1] TF., 23 décembre 1892, XVIII, 789 et suiv., n° 2 ; 29 mars 1895, XXI, 111, n° 5. Dans cette dernière espèce le Tribunal fédéral a admis, au moins implicitement, que le droit cantonal régissait non seulement la formation, mais encore l'extinction par suite de novation d'une obligation ayant sa source dans le droit de famille. L'art. 146, al. 3 cité dans le dit arrêt ne peut en tout cas être invoqué que par analogie, car il ne vise directement que la *prescription* et non la *novation*. — Comp., pour les contrats de nature successorale, *Revue de la jurisprudence en matière de droit civil fédéral*, t. IX, n° 3.

[2] TF., 6 octobre 1894, XX, 855.

[3] TF., 9 février 1894, XX, 80.

[4] TF., 16 mai 1890, XVI, 340 ; 20 juin 1890, XVI, 344, n° 3 ; 20 juin 1890, XVI, 415, n° 3.

[5] TF., 18 septembre 1895, XXI, 751, n° 1.

de nullité du mariage, c'est-à-dire une partie importante du droit matrimonial personnel [1]. D'autre part, l'art. 219 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes, sans déroger au droit cantonal réglant les rapports des époux quant aux biens, a limité cependant, en cas de saisie ou de faillite du mari, le privilège de la femme au montant maximum de la moitié de ses apports, en disposant de plus qu'il y a lieu d'imputer sur sa créance privilégiée la valeur des biens qu'elle a le droit de reprendre en nature, ainsi que la somme qu'elle obtient en vertu de l'hypothèque légale ; elle a ainsi, dans la pratique, modifié sensiblement la situation de la femme comparativement à ce qu'elle était antérieurement, du moins dans certains cantons [2].

C. De même que la disposition qui vient d'être citée, l'ART. 35 C.O., réglant la situation de la *femme mariée marchande publique*, s'est heurté à la difficulté énorme que présente le règlement de cette matière par le législateur fédéral, s'il est obligé de respecter dans toutes leurs particularités les principes du droit cantonal régissant les rapports des époux quant à leurs biens. En disposant que le droit cantonal *peut* imposer au mari d'une femme marchande publique une responsabilité plus étendue que celle qui résulte pour lui de l'alinéa 2, l'alinéa 3 de l'art. 35 rend à la vérité hommage au principe que le droit matrimonial échappe à la compétence législative fédérale. Mais, d'autre part, l'alinéa 1 statue d'une manière impérative que la femme mariée qui exerce indépendamment (*selbständig*), avec l'autorisation expresse ou tacite de son mari, une profession ou une industrie, *s'oblige* (*elle-même*) sur tous ses biens pour les affaires qui rentrent dans l'exercice régulier de cette profession ou de cette industrie, et cela quels que soient les droits

[1] Sur la portée de cette loi, voir TF., 26 février 1892, XVIII, 73 et suiv., n° 3; comp. HAFNER, *Das schweizerische Obligationenrecht*, Introduction, p. X; HABERSTICH, *Beitræge*, p. 45 et suiv., ainsi que le *Guide pour les officiers de l'état civil de la Suisse*, publié par le Département fédéral de l'Intérieur.

[2] Comp. BRUSTLEIN et RAMBERT, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes*, p. 361 et suiv.; A. HEUSLER, *Das Weibergutsprivileg und das schweizerische Concursgesetz*, dans la *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, XXIII, p. 17 et suiv.

de jouissance ou d'administration attribués au mari sur les biens de sa femme. Cela revient à dire, en d'autres termes, que la femme marchande publique s'oblige personnellement, par la volonté du législateur fédéral, même si le législateur cantonal répudie une telle responsabilité en application du droit matrimonial quant aux biens. Et lorsque l'alinéa 2 ajoute que la marchande publique *oblige* en outre (*überdies*) soit *son mari* si, d'après le droit cantonal, les biens de la femme mariée passent au mari, soit *la communauté,* si c'est sous le régime de la communauté que les époux sont mariés, c'est encore là non point une réserve en faveur du droit cantonal, mais au contraire une dérogation à ce dernier, ou tout au moins une contrainte qu'il est obligé de subir et dont on ne trouve pas trace, il faut le reconnaître, dans les autres dispositions du Code qui confinent aux rapports entre époux. Doit-on conclure de là, comme on l'a fait [1], que l'art. 35 constitue un empiètement inconstitutionnel sur le droit matrimonial cantonal, à l'égard duquel les rédacteurs de la loi fédérale ont, quant au surplus, usé de la plus grande réserve? Ce serait excessif, croyons-nous. Autorisé par l'art. 64 de la constitution à unifier le *droit commercial*, le législateur fédéral pouvait tracer les limites de celui-ci d'une manière plus extensive ou plus restrictive, sans pour cela encourir le reproche d'avoir méconnu les compétences constitutionnelles des cantons. Il pouvait dès lors, et il devait même déterminer la responsabilité personnelle de la marchande publique, qui relève incontestablement du droit *commercial*, et il ne lui était pas interdit non plus de toucher avec certaines précautions, comme il l'a fait en réalité, à la responsabilité concurrente du mari ou de la communauté, alors que celle-ci a sa source non pas seulement dans le droit matrimonial, mais aussi et surtout dans l'autorisation expresse ou tacite donnée par le mari à la femme d'exercer indépendamment une profession ou une industrie [2].

---

[1] Du Chast, *De l'inconstitutionnalité d'une loi fédérale,* dans la *Revue judiciaire* de Lausanne, t. III (1886), p. 273 et suiv. et 289 et suiv.

[2] Au surplus l'art. 35 paraît d'une application assez difficile. Comp. Panchaud, *L'article 35 du Code des obligations*, Lausanne, 1889; Haberstich, *Beitræge,* p. 118 et suiv.

D. Ajoutons, pour en finir avec ce qui concerne le droit de famille, que le Code des obligations ne déroge pas aux dispositions de certaines législations cantonales qui déterminent quelle est la situation des enfants travaillant comme *domestiques* dans la maison de leurs parents, — ou qui confèrent aux domestiques un certain droit de représenter leurs maîtres vis-à-vis des tiers, — ou enfin qui règlent les effets d'un contrat de louage de services consenti par un mineur sans les autorisations légales [1].

§ 3. Distinction entre les meubles et les immeubles. — Droits réels mobiliers.

A. En ne prévoyant l'unification qu'en ce qui concerne les matières du droit se rapportant au commerce et aux transactions *mobilières*, l'art. 64 de la constitution fédérale donnait clairement à entendre que le Code ne devait pas toucher aux droits réels immobiliers. En revanche, il était loisible au législateur fédéral de régler d'une manière complète la matière des *droits réels sur les biens meubles*. En fait, cependant, le Code n'a fait usage de cette faculté, aux art. 199 à 228, qu'en ce qui concerne la *transmission de la propriété mobilière par l'effet d'une convention*, et, de plus, quant au *droit de gage* et au *droit de rétention* portant sur des biens meubles. Il a, en revanche, abandonné au droit cantonal les autres questions relatives aux droits réels mobiliers, par exemple l'acquisition originaire de la propriété mobilière par occupation, invention, accession, spécification [2], etc. De plus, les art. 199 à 209 ne sont applicables à la transmission de la propriété mobilière que si elle est la suite d'une *convention*, et non point si elle résulte d'une autre cause, par exemple du droit de succession. En re-

[1] Comp. HUBER, *System*, t. III, p. 678 et suiv. — La *police* des domestiques, ainsi que celle des apprentis, demeure naturellement aussi réservée aux cantons; en revanche le *contrat* de louage de services entre maîtres et domestiques majeurs ou dûment autorisés relève du Code fédéral, de même que le contrat d'apprentissage régulièrement conclu.

[2] TF., 18 avril 1891, XVII, 282 et suiv., n° 2; 20 avril 1895, XXI, 473, n° 2.

vanche, ils s'appliquent quel que soit le droit régissant la convention sur laquelle se fonde le transfert de propriété. Ainsi, bien que les donations soient régies par le droit cantonal quant à leur validité et à leurs effets, même si elles portent sur des meubles, c'est cependant le Code fédéral qui régit le transfert de la propriété mobilière s'opérant en exécution de ce contrat [1].

B. La compétence législative étant ainsi partagée en principe entre la Confédération et les cantons suivant la nature mobilière ou immobilière des droits réels, il devenait nécessaire, avant toutes choses, d'opérer une distinction rigoureuse et uniforme entre les *meubles* et les *immeubles*. Conformément aux principes exposés dans la première partie de ce travail, c'était d'ailleurs au droit fédéral qu'il appartenait de l'établir ; destiné à régir d'une manière uniforme, dans toute l'étendue de la Suisse, les transactions portant sur des meubles, le Code ne pouvait, sans compromettre l'unité cherchée, abandonner aux cantons le soin de déterminer quelles choses devaient être considérées comme rentrant dans la catégorie des biens meubles [2]. Aussi la jurisprudence du Tribunal fédéral a-t-elle admis, dès le principe, — et bien que la loi soit muette à cet égard, sauf une disposition spéciale qui sera examinée plus loin, — que c'est au droit fédéral qu'il incombe dans la règle de les définir et partant de délimiter le champ d'application du Code fédéral aussi vis-à-vis des immeubles [3]. Quant à la définition elle-même, le Tribunal fédéral s'en est tenu, à défaut d'une disposition légale, aux principes découlant de la nature même des choses et

[1] TF., 4 juin 1887, XIII, 241 et suiv.; 17 février 1888, XIV, 100.

[2] De même il va de soi que lorsque l'art. 206 du Code règle la revendication des *choses volées* (ou perdues), c'est le droit fédéral et non le droit pénal cantonal qui détermine quelles choses doivent être considérées comme telles. TF., 25 mars 1893, XIX, 310, n° 2.

[3] A la vérité, le Conseil des Etats, discutant le projet de Code des obligations, avait fait inscrire à son procès-verbal une décision d'après laquelle la distinction à faire entre meubles et immeubles aurait été réservée à la législation cantonale. Mais le Tribunal fédéral a estimé que cette décision, émanant d'une seule chambre, pouvait d'autant moins lier le juge qu'elle tendait à apporter à l'effet de la loi une restriction que celle-ci eût seule pu consacrer. TF., 18 avril 1884, X, 260, n° 2. — Comp. FLAMMER, *loc. cit.*, p. 34 ; ROSSEL, *Manuel du droit fédéral des obligations*, p. 253.

généralement consacrés par la doctrine. En conséquence, il considère comme mobilières les choses qui peuvent être transportées d'un lieu dans un autre sans que ce transport nuise à leur existence, et comme immeubles celles qui, ou bien ne peuvent pas être déplacées, ou bien ne peuvent être transportées sans une dénaturation; s'il s'agit de constructions, il importe peu, d'ailleurs, qu'elles soient élevées sur la propriété de celui à qui elles appartiennent ou sur le sol d'autrui [1]. En application de ces mêmes principes il a été admis encore que les récoltes pendantes (par exemple les *fleuries* du droit fribourgeois) doivent être considérées comme des choses mobilières futures, mais que les fruits demeurent partie intégrante de l'immeuble tant qu'ils ne sont pas perçus ou séparés du fonds. Ils peuvent dès lors, jusqu'à ce moment, faire l'objet d'un droit réel immobilier, tel qu'un droit d'hypothèque, entre autres [2].

Le droit fédéral ne règle toutefois la distinction entre meubles et immeubles que dans la mesure où le Code ne fait pas lui-même une réserve à ce sujet en faveur du droit cantonal. Tel est le cas pour l'ART. 211, *al. 1*, d'après lequel le Code ne déroge point aux prescriptions des lois cantonales en vertu desquelles les *objets mobiliers* peuvent, en tant qu'*accessoires d'un immeuble*, être *hypothéqués* en même temps et d'après les mêmes formes que le dit immeuble. Cette réserve autorise ainsi les cantons à régler de leur chef les droits de gage sur des meubles, dans la mesure où ces meubles apparaissent comme des accessoires d'un immeuble, et l'*al. 3* du même article reconnaît expressément que c'est à la législation cantonale qu'il appartient de déterminer ce qui doit être considéré comme un tel accessoire au sens de cette disposition [3].

---

[1] TF., 18 avril 1884, X, 259 et suiv., n[os] 2 et 3; 24 février 1894, XX, 184 et suiv., n° 3; 8 juin 1894, XX, 539; 28 septembre 1895, XXI, n° 1.

[2] TF., 13 avril 1888, XIV, 210, n° 3. Ce cas n'est pas identique à celui que vise l'art. 211, al. 1 dont il sera question ci-après. Les récoltes pendantes ne constituent pas, par leur nature, des meubles qui pourraient être envisagés comme des accessoires du fonds; elles demeurent immeubles tant qu'elles ne sont pas séparées de celui-ci.

[3] Comp. HOFFMANN, *Ueber das schweizerische Obligationenrecht*, St.-Gall, 1883, p. 22; A. SCHNEIDER, *Entwurf eines Einführungs-Gesetzes zum eidg. Obligationenrecht*, dans la *Zeitschrift für schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege*, t. IV, p. 438 et suiv.— Dans son arrêt du 19 janvier 1889 (XV, 138 et suiv., n° 3), c'est sur le droit *cantonal* que le Tribunal fédéral s'est fondé pour déclarer que le *Blumenpfandrecht* du droit de Nidwald n'était pas

Toutefois, à l'*al. 2*, le Code règle lui-même le cas où un droit d'hypothèque constitué dans ces conditions sur un meuble se trouve en conflit avec un droit de gage mobilier établi sur le même objet pour sûreté d'une autre créance.

C. Bien qu'il appartienne ainsi au droit cantonal de conférer la qualité d'un accessoire immobilier au bétail servant à l'exploitation d'un domaine rural et de permettre qu'il soit donné en hypothèque *avec* ce domaine lui-même, l'ART. 210, *al. 3 C. O.* réserve en outre à la législation cantonale le droit d'autoriser l'*engagement du bétail* (indépendamment du domaine) par le seul effet d'une inscription sur des registres publics. Il est évident que cette réserve-là constitue une simple concession que le législateur fédéral n'était aucunement tenu d'accorder aux cantons, car les pièces de bétail, comme telles, sont manifestement des meubles corporels et le Code aurait pu, par conséquent, les soumettre aux mêmes règles que les autres meubles de cette nature quant aux droits de gage dont elles peuvent être l'objet. C'est, paraît-il, sur la demande des représentants du canton de Schwyz que l'Assemblée fédérale a admis cette dérogation assez peu justifiée aux principes généraux [1].

Quant au surplus, d'ailleurs (et sauf ce qui concerne les créances hypothécaires, dont il sera question plus loin [2]), le droit de gage portant sur des meubles corporels, des titres au porteur, des effets de change ou d'autres titres transmissibles par endossement, ou sur d'autres créances, est entièrement régi par le droit fédéral, à l'exclusion du droit cantonal. Le Code fédéral a notamment abrogé toutes les dispositions de certains droits particuliers d'après lesquelles le débiteur qui avait constitué un gage mobilier pouvait se libérer en abandonnant celui-ci, à moins de stipulation contraire ;

---

compatible avec le droit fédéral, alors du moins que le créancier hypothécaire prétend l'exercer sur du bétail appartenant à un tiers et non au propriétaire de l'immeuble grevé de la *Gült*.

[1] Comp. HOFFMANN, *loc. cit.*, p. 21. — Le canton de Vaud a refusé, en 1887, de faire usage de la faculté que lui laissait l'art. 210 d'introduire ce qu'on a appelé plaisamment « l'hypothèque des vaches ».

[2] Et sauf, également, les dispositions transitoires des art. 885 et 886.

le droit de gage mobilier tel que le connaît le Code est une garantie purement accessoire, qui suppose nécessairement une dette dont le débiteur répond personnellement sur tous ses biens [1].

D. Bien que le Code ne le dise pas d'une manière expresse, la jurisprudence a admis qu'en matière de droits réels sur les biens meubles un autre point encore est réservé au droit cantonal : c'est celui de savoir si et dans quelle mesure des *récépissés de dépôt, bulletins de chargement ou autres pièces analogues* sont destinés et propres *à représenter les marchandises qui y sont désignées*, de telle sorte que le transfert effectué de bonne foi de ces titres opère en même temps la transmission de la propriété des dites marchandises, dans le sens de l'ART. 209 [2] (comp. aussi l'*art. 212*). On doit rapprocher de cette disposition celle de l'ART. 845, *al. 2*, à teneur de laquelle les *recours en matière de warrants* demeurent soumis à la législation cantonale. Le législateur fédéral eût sans nul doute été compétent pour régler cette matière lui-même ; s'il a préféré l'abandonner aux cantons, c'est pour qu'ils pussent tenir compte des besoins particuliers et des usages spéciaux des centres commerciaux.

§ 4. Droits réels immobiliers. — Ventes d'immeubles.

A. En ce qui concerne, en revanche, les *droits réels sur les immeubles*, la constitution fédérale ne permettait pas aux rédacteurs du Code d'y toucher, et l'on doit constater qu'ils ont effectivement évité avec soin d'empiéter sur ce domaine. La jurisprudence, de son côté, s'en est toujours scrupuleusement tenue à ce

[1] TF., 22 octobre 1886, XII, 548, n° 3.
[2] TF., 9 mars 1894, XX, 214, n° 5. Cette décision a d'ailleurs été critiquée ; voir OBERER, *Ueber Lagerscheine, Ladescheine*, etc., dans la *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, XXXV, p. 387. — Comp. HAFNER, *Das schweizerische Obligationenrecht*, 2me éd., note 3 sur l'art. 209.

principe ; ainsi, bien que la loi elle-même ne fasse aucune réserve expresse à cet égard, elle a considéré comme allant de soi que les *obligations réciproques résultant des rapports de voisinage* (Nachbarrecht) sont régies par le droit cantonal et non par le droit fédéral[1].

Mais si la compétence législative faisait indubitablement défaut au législateur fédéral pour régler ce qui concerne la naissance, les effets et l'extinction des droits réels sur les immeubles, on pouvait avoir des doutes, en revanche, quant à la *transmission* de ces droits par l'effet de *conventions*. Aussi des solutions diverses furent-elles proposées et examinées ; en fin de compte, cependant, on en vint à réserver ici encore le droit cantonal.

B. Nous en avons un premier exemple en ce qui concerne le *bail*. Dans la règle, le bail ne confère au preneur aucun droit réel sur la chose qui en fait l'objet, mais crée un droit purement obligatoire et personnel. Aussi, en principe, le Code des obligations régit-il non seulement le bail portant sur des *meubles*, mais encore celui portant sur des *immeubles*, ce que reconnaissent d'ailleurs expressément les art. 275 al. 2, 281 al. 2, 290 §§ 1 et 2, 292, 294, 296 et suivants. On sait toutefois que certaines législations cantonales permettent aux intéressés, moyennant certaines conditions, d'attribuer un *effet réel* aux baux de cette dernière catégorie[2].

Les ART. 281, *al. 3*, et 314, *al. 3*, ont respecté cette situation, en disposant que le Code ne déroge pas aux effets particuliers de l'*inscription du bail sur les registres fonciers*, hypothécaires ou autres. Cette réserve, pensons-nous, autorise simplement les cantons à *permettre aux parties* de donner un effet réel au bail ; en revanche il ne leur appartiendrait pas de le leur *imposer* malgré elles, une pareille restriction à la liberté des contrats ne se se jus-

[1] TF., 14 janvier 1893, XIX, 269 et suiv., n° 2. — Il doit en être de même des obligations relatives à la mitoyenneté ou résultant de la copropriété indivise d'un immeuble. Comp. HAFNER, *Das schweizerische Obligationenrecht*, Introduction, p. XXIII ; HUBER, *System*, t. III, p. 675.

[2] Ainsi les art. 2 § 7 et 24 de la loi vaudoise du 20 janvier 1882 sur l'inscription des droits réels immobiliers.

tifiant en aucune manière et n'ayant pu être dans l'intention du législateur fédéral[1]. Il semble évident, d'ailleurs, qu'en parlant ici de registres « analogues » aux registres fonciers ou hypothécaires, la loi n'a eu en vue que ceux destinés à constater des droits réels immobiliers, à l'exclusion de ceux d'enregistrement, dont le but est purement fiscal[2].

Pour des motifs semblables, la jurisprudence a admis également que lorsque le bailleur de l'immeuble n'en est pas propriétaire, mais simplement usufruitier, c'est le droit cantonal qui détermine si l'*extinction de l'usufruit* a pour effet d'autoriser le nu-propriétaire à résilier le bail. En revanche, si cette conséquence est admise par le droit cantonal, c'est alors l'art. 309 C. O. qui fixe le délai à observer par le nu-propriétaire pour donner congé[3].

C. Mais c'est surtout en ce qui concerne les *ventes d'immeubles* qu'il était essentiel pour le législateur fédéral de prendre position. Nous pouvons nous dispenser de revenir ici en détail sur l'historique de la question, qui a été fort bien exposé ailleurs[4]. Il nous suffira de rappeler qu'après certaines oscillations, et sans doute pour se conformer à l'esprit autant qu'à la lettre de l'art. 64 de la constitution, le législateur fédéral a fini par poser sur ce point, à l'ART. 231, *al. 1*, ce principe très net dans son laconisme, que *« les ventes d'immeubles sont régies par le droit cantonal »*. En outre, l'ART. 10 a expressément abandonné au droit cantonal ce qui concerne la *forme des contrats relatifs aux droits réels sur les immeubles*, et par conséquent, en première ligne, celle des ventes immobilières[5]. Quelles sont maintenant les conséquences de ces principes ?

Il en résulte avec évidence, tout d'abord, que le droit cantonal

[1] Comp. HAFNER, *Das schweizerische Obligationenrecht*, 2me éd., note 12 sur l'art 281.
[2] Comp. TF., 11 novembre 1887, XIII, 433, n° 5. Voir aussi le commentaire de SCHNEIDER et FICK, note 6 sur l'art. 281 ; HEUBERGER, *loc. cit.*, p. 82 et suiv. ; JANGGEN ; *loc. cit.*, p. 70 et suiv.
[3] TF., 24 juin 1892, XVIII, 104 et suiv., n° 4.
[4] Voir les rapports de MM. F. SCHNEIDER et E. ROGUIN cités dans la note 1 à p. 137.
[5] TF., 3 décembre 1886, XII, 573, n° 2.

règle également l'*échange* ayant pour objet des immeubles, attendu que d'après un principe généralement admis et consacré d'ailleurs aussi par l'art. 272 C. O., chacun des copermutants doit être traité comme vendeur quant à la chose qu'il promet et comme acheteur quant à la chose qui lui est promise [1].

Une seconde conséquence, non moins évidente, de l'art. 231, al. 1, est que le législateur fédéral n'avait pas à édicter de *prescriptions spéciales* sur les droits et les obligations réciproques du vendeur et de l'acheteur d'un immeuble. En effet, son intention manifeste était en tout cas d'abandonner au droit cantonal, si celui-ci le jugeait nécessaire, le soin de régler par des dispositions particulières ce qui concerne la délivrance, la garantie en cas d'éviction, la contenance, etc.

En revanche, il était beaucoup plus discutable et il a été effectivement très discuté si les *règles générales* du Code fédéral des obligations (c'est-à-dire celles contenues aux titres I à V) ne devaient pas s'appliquer aussi aux ventes d'immeubles, au moins à titre de droit subsidiaire. En faveur de cette thèse on pouvait dire, entre autres, que lorsque le législateur fédéral a adopté des principes généraux réglant la conclusion des contrats, les causes viciant le consentement, les conséquences de la demeure des parties et celles de l'inexécution des conventions, la solidarité, etc., il n'a fait en quelque sorte que codifier des vérités proclamées par la raison et par la logique, très généralement consacrées par une doctrine unanime, et en tout cas indépendantes des frontières cantonales, et que, par conséquent, ces principes doivent s'appliquer à tous les contrats régis par le droit suisse, et non pas seulement à quelques-uns d'entre eux. On ne comprendrait pas, pouvait-on dire et a-t-on dit, par exemple, que les conditions sous lesquelles un contrat peut être attaqué pour cause d'erreur ou de dol fussent différentes suivant qu'il s'agit d'une vente mobilière ou d'une vente immobilière, car ici la nature mobilière ou immobilière

[1] Il a été jugé de même, par le Tribunal fédéral, que si un associé s'est engagé à apporter un immeuble à la société, c'est le droit cantonal qui régit le transfert de la propriété de cet immeuble à la société, tandis qu'au contraire l'obligation de l'associé de faire cet apport appelle l'application du droit fédéral. 22 juin 1895, *Journ. des Trib.* de 1895, p. 672.

du droit réel que ce contrat est destiné à transférer ne peut exercer aucune influence quelconque sur la détermination la plus rationnelle des causes de nullité du consentement. Fondée sur ces arguments, dont la valeur ne peut certainement être contestée, une opinion, représentée surtout par M. le juge fédéral Hafner, concluait en réclamant l'application, aux ventes d'immeubles, de la partie générale (titres I à V) du Code, à moins toutefois que ce dernier ne statuât lui-même une exception en faveur du droit cantonal, comme c'est le cas par exemple à l'art. 10 déjà cité[1].

A côté de cette opinion, qui distinguait entre les règles communes à tous les contrats en général et celles particulières aux ventes d'immeubles, une autre, soutenue principalement par M. Haberstich et par M. le juge F. Schneider, cherchait à étendre plus encore la sphère d'application du droit fédéral. Elle admettait, au contraire, que le droit cantonal ne pouvait être appliqué en matière de ventes d'immeubles que dans la mesure où les cantons, faisant un usage effectif de la faculté à eux réservée par l'art. 231, auraient édicté en fait des prescriptions spéciales à ce contrat[2]. Il n'est pas nécessaire, cependant, de s'arrêter à cette thèse, qui a été bien des fois réfutée et qui était d'ailleurs incompatible avec le texte même de l'art. 231. Il suffit de rapprocher la formule qu'il emploie de celle qui figure par exemple aux art. 64, 405 et 896, pour se convaincre d'emblée que lorsque le législateur fédéral n'a entendu réserver que les dispositions *spéciales* du droit cantonal et attribuer par conséquent au Code fédéral la valeur d'un droit subsidiaire, il a fort bien su le dire d'une manière expresse.

Enfin, en opposition avec les deux thèses qui viennent d'être résumées, une troisième, toute cantonaliste, ne manquait pas non plus de partisans. Défendue surtout par MM. les professeurs Fick, Alb. Schneider et E. Roguin, elle consistait à dire que la réserve

---

[1] HAFNER, *Das schweizerische Obligationenrecht*, Introduction, note à p. XVI; ROSSEL, *Manuel du droit civil de la Suisse romande*, p. 331 ; comp. également HUBER, *System*, t. III, p. 661 et suiv., spécialement la note 1 à p. 663. Dans le même sens, en outre, un arrêt de la Cour d'Appel de Zurich, *Revue de la jurisprudence en matière de droit civil fédéral*, t. III, n° 38.

[2] HABERSTICH, *Beitræge*, p. 218 et suiv. ; *Handbuch*, t. I, p. 8 et 11 et suiv. ; F. SCHNEIDER, rapport cité à la note 1 à page 137, p. 473 et suiv., spécialement p. 486 et suiv.

de l'art. 231, al. 1, est absolue et ne fait pas de distinction ; qu'en conséquence, les ventes d'immeubles, étant exclues du nombre des matières régies par le Code fédéral, demeurent soumises au droit cantonal *sous tous les rapports,* c'est-à-dire tant au point de vue des principes généraux du droit des obligations qu'à celui des dispositions spéciales à ce contrat[1].

Appelé à choisir entre ces diverses opinions, le Tribunal fédéral a donné la préférence à cette dernière. Il l'a fait essentiellement par le motif qu'en matière de transactions immobilières le Code a voulu réserver aux cantons le droit de tenir compte de leurs besoins particuliers et de leurs institutions spéciales ; or, c'est ce qu'ils ne pourraient plus faire d'une manière complète s'ils étaient tenus d'appliquer ici encore toutes les dispositions générales du Code, celles, par exemple, qui ont trait aux modalités du contrat ou qui déterminent les conséquences de la demeure du débiteur[2]. Bien que rendue à la majorité d'une voix seulement, cette décision n'en a pas moins fait jurisprudence dès lors, de telle sorte que les principes posés par elle doivent aujourd'hui être considérés comme acquis[3]. Comme conséquence de cet arrêt de principe, il a été admis également que c'est le droit cantonal et non le droit fédéral qui régit :

1° La *promesse de vente immobilière*, y compris les conventions par lesquelles l'une des parties, en prévision de l'éventualité d'une vente, assure à l'autre un droit de préférence sur les autres amateurs qui pourraient venir à se présenter[4] ;

2° L'*action en dommages-intérêts* fondée sur l'inexécution d'un contrat de vente immobilière[5].

Quelque constante que soit la jurisprudence sur les questions de

---

[1] A. SCHNEIDER, dans la *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, XXVI, p. 175 et dans son commentaire du Code, 2me éd., note 2 sur l'art. 231 ; E. ROGUIN, *Rapport*, p. 591 et suiv., spécialement p. 597 et suiv.

[2] TF., 3 décembre 1887, XIII, 511 et suiv., n° 4 ; *Revue de la jurisprudence*, etc., t. VI, n° 5.

[3] Comp. TF., 2 novembre 1888, XIV, 635, n° 2 ; 1er mars 1889, XV, 280, n° 2 ; 2 février 1889, XV, 450, n° 2 ; 31 janvier 1891, XVII, 112, n° 3.

[4] TF., 9 mai 1890, XVI, 389 et suiv., n° 2 ; 7 juillet 1892, XVIII, 515.

[5] TF., 28 mars 1891, XVII, 105, n° 2 ; 20 février 1891, *Journ. des Trib.*, 1891, p. 224 ; 12 septembre 1894, *Journ. des Trib.*, 1894, p. 625.

principe qui viennent d'être indiquées, il n'en est pas moins assez difficile, parfois, de décider dans un cas concret si l'on est en présence d'une vente immobilière régie par le droit cantonal ou d'un autre contrat soumis, au contraire, au droit fédéral. Il peut arriver que la convention des parties, quoique formant un seul tout, soit de nature complexe. Il faut, dans les cas de ce genre, rechercher quel en est l'objet essentiel[1]. Si, par exemple, une vente, consentie pour un prix global, embrasse à la fois des meubles et des immeubles, elle doit être considérée comme constituant une seule opération juridique ; c'est l'objet essentiel de l'acte qui détermine si elle se qualifie comme une vente mobilière, soumise intégralement au droit fédéral, ou comme une vente immobilière, régie exclusivement par le droit cantonal[2]. Mais il se peut aussi que le seul et même acte renferme, à côté d'une vente immobilière, encore telle autre stipulation qui puisse juridiquement en être disjointe, manifestant ainsi une existence propre et indépendante ; si tel est le cas, elle devra être examinée à part, pour elle-même, en sorte qu'elle pourra, le cas échéant, tomber sous l'application du droit fédéral, tandis que la vente immobilière proprement dite demeurera soumise au droit cantonal. Telle sera, par exemple, la clause d'interdiction de concurrence que le vendeur d'un immeuble affecté à l'exploitation d'une industrie croira devoir imposer à l'acquéreur[3]. De même il va de soi que l'assignation portant sur le prix de vente d'un immeuble et résultant de l'acte de vente, est régie par le Code fédéral et non par le droit cantonal[4].

Telle est, à l'heure qu'il est, la solution donnée à la grosse controverse qui a surgi il y a quelques années au sujet des ventes d'immeubles. On ne saurait d'ailleurs le contester : le régime actuel pourrait avoir pour conséquence une disparate très regrettable si les cantons entendaient appliquer aux ventes d'immeubles, pour

---

[1] Voir par exemple TF., 7 décembre 1889, XV, 840 et suiv., n° 3; 24 janvier 1890, XVI, 168 et suiv., n° 3.

[2] TF., 3 décembre 1887, XIII, 510, n° 3; 17 décembre 1892, XVIII, 885, n° 2; 8 juin 1894, XX, 539 et suiv., n° 6 ; 5 mai 1895, XXI, 415, n° 2.

[3] TF., 21 avril 1889, XV, 348 et suiv., n° 3; comp. 1er février 1895, XXI, 151.

[4] TF., 22 décembre 1892, XVIII, 895, n° 2.

ce qui est des principes généraux régissant les conventions, des règles cantonales s'éloignant quant au fond de celles que le droit fédéral consacre pour les contrats soumis à son empire. Mais on peut espérer que les cantons trouveront de plus en plus avantageux de donner aussi force de loi au Code des obligations quant à cette matière. Il n'en resterait pas moins, malgré ce correctif, que le Tribunal fédéral ne serait pas compétent pour statuer dans les cas de ce genre comme autorité de recours, car ici encore l'application du Code aurait sa source dans la volonté du législateur cantonal et non dans celle du pouvoir fédéral[1]. La faculté accordée aux cantons par l'art. 52, § 2, de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale ne permettrait pas davantage de parer à cet inconvénient, car elle vise exclusivement les compétences qui peuvent être dévolues au Tribunal fédéral comme cour de première et unique instance[2].

§ 5. Droit relatif aux créances hypothécaires. — Prescription des actions régies par le droit cantonal.

A. Des considérations analogues à celles qui l'ont guidé en matière de ventes d'immeubles ont également engagé le législateur fédéral à réserver au droit cantonal le *droit relatif aux créances hypothécaires* (grundversicherte Forderungen). On remarquera ici, tout d'abord, qu'en se servant de cette expression, la loi n'a pas eu en vue seulement les créances hypothécaires proprement dites, c'est-à-dire celles dont la garantie immobilière résulte d'un *contrat*. Au contraire, le terme allemand employé dans tous les articles du Code qui se rapportent à cet objet montre clairement qu'on a voulu réserver au droit cantonal aussi les autres créances privilégiées sur des immeubles, c'est-à-dire celles, par exemple, qui jouissent d'un droit de gage *légal*, en vertu des codes civils des cantons romands[3].

[1] TF., 20 décembre 1889, XV, 853, n° 6; 15 novembre 1890, XVI, 805, n° 2.
[2] Il aurait pu en être différemment, semble-t-il, sous l'empire de la loi d'organisation judiciaire du 27 juin 1874, à teneur de l'art. 31 de celle-ci.
[3] TF., 20 décembre 1889, XV, 852.

Le principe qui domine toute cette matière est que les droits de gage immobiliers, de même que les autres droits réels sur les immeubles, échappent absolument à la compétence législative de la Confédération et sont ainsi demeurés dans le domaine des cantons[1]. Il appartient dès lors à ces derniers de déterminer comment ils peuvent prendre naissance, quels en sont les effets et pour quelles causes ils s'éteignent. C'est ce que reconnaissent expressément les ART. 130 et 146, *al. 3, C. O.* quant à l'*extinction des créances hypothécaires* par l'effet de la prescription ou pour toute autre cause, la compensation, par exemple[2]. C'est également ce que fait l'ART. 105, *al. 2*, lorsqu'il statue qu'il n'est pas dérogé aux dispositions des lois cantonales sur « le mode d'extinction » des créances hypothécaires; en réalité, ainsi que cela résulte avec évidence du texte allemand de la loi, cette disposition ne fait nullement double emploi avec les art. 130 et 146, al. 3, mais vise uniquement ce que la version allemande du Code appelle *die Amortisation*, c'est-à-dire l'annulation de titres hypothécaires prononcée par le juge à l'instance du créancier qui les a perdus[3].

Mais plusieurs dispositions du Code montrent que le législateur fédéral n'a pas voulu se borner à réserver au droit cantonal ce qui concerne la constitution, les effets et l'extinction des créances hypothécaires. Cela résulte déjà de l'ART. 337, qui lui réserve d'une manière toute générale les *prêts hypothécaires*. De plus, l'ART. 198 abandonne au droit cantonal la *cession* des créances hypothécaires[4] ; l'ART. 414 en fait autant pour la *délégation* de ces créances, et l'ART. 507 reconnaît implicitement, de son côté,

---

[1] TF., 20 décembre 1889, XV, 850, n° 3 ; 13 juin 1890, XVI, 399, n° 3. On doit excepter cependant de ce principe les hypothèques sur les chemins de fer, qui sont régies par la loi fédérale du 24 juin 1874.

[2] TF., 8 octobre 1886, XII, 629 et suiv., n° 4 ; 1er juin 1895, XXI, 544, n° 2.

[3] Comp. les art. 791 et suiv., 844, 849 et suiv., et 901 al. 2 CO. En revanche, pour tous les autres titres, l'annulation est régie par le droit fédéral, et cela alors même qu'il s'agit de titres qui, sans être à ordre ou au porteur, se qualifient d'après le droit cantonal comme des *Werthpapiere*, pourvu toutefois qu'ils ne soient pas garantis par un gage immobilier. TF., 21 juin 1884, X, 281 et suiv., n° 4 ; 28 septembre 1885, XI, 385.

[4] Comp. TF., 31 janvier 1891, XVII, 108, n° 2.

qu'il appartient au droit cantonal de déterminer les formalités indispensables pour opérer la transmission du droit d'hypothèque qui peut garantir une créance payée par la caution. On peut donc admettre que le législateur fédéral a entendu réserver au droit cantonal, non pas seulement quelques-unes, mais *toutes* les transactions ayant pour objet direct des créances hypothécaires. C'est effectivement à ce point de vue que la jurisprudence s'est placée, en admettant, d'une part, que la *promesse* purement obligatoire *de constituer un gage immobilier* est aussi régie par le droit cantonal[1], — et, d'autre part, en déclarant le même droit applicable au *nantissement des créances hypothécaires,* bien que le Code n'ait pas fait, sur ce dernier point, une réserve semblable à celle qu'il a énoncée pour leur cession et pour leur délégation. Cette jurisprudence se fonde essentiellement sur ce que la nature juridique des créances hypothécaires est décisive pour les conditions auxquelles elles peuvent à leur tour devenir l'objet de nouvelles transactions ; dès lors, cette nature juridique étant déterminée par le droit cantonal, c'est ce dernier également qui doit régir les divers contrats portant directement sur des titres hypothécaires[2]. On peut seulement se demander si ces transactions n'appellent pas tout au moins l'application du Code fédéral en tant que ce sont des principes généraux qui sont en jeu, et non des dispositions spéciales à tel ou tel contrat déterminé[3]. Cependant le point de vue auquel le Tribunal fédéral s'est placé en ce qui concerne les ventes d'immeubles semble devoir lui rendre bien difficile d'en adopter un autre quant aux transactions ayant pour objet des titres hypothécaires, car le principe est le même dans les deux hypothèses ; du reste, jusqu'ici, la jurisprudence fédérale paraît avoir donné, à ce point de vue, une portée absolue à la réserve du

[1] TF., 13 juin 1890, XVI, 399 et suiv., n° 3.

[2] TF., 9 septembre 1893, XIX, 550 et suiv., n° 4. Cependant, dans un arrêt récent du 1er février 1896, le Tribunal fédéral a distingué entre la promesse purement obligatoire de donner en nantissement une créance hypothécaire, et la validité du gage constitué sur celle-ci, et il a estimé que cette promesse, envisagée pour elle-même, tombait sous l'application du droit fédéral.

[3] Dans ce sens HAFNER, *Ueber die Verpfændung grundversicherter Forderungen*, dans la *Zeitschrift für schweizeriches Recht*, XXIX, p. 68 et suiv. ; HUBER, *System*, t. III, p. 674 et suiv., spécialement la note 1 à p. 675.

droit cantonal[1]. Toujours est-il qu'il serait désirable que les cantons déclarassent le Code fédéral applicable aussi à ces transactions, en tant, du moins, que cela ne serait pas incompatible avec la nature particulière des créances hypothécaires qui en font l'objet.

B. La même remarque peut du reste s'appliquer aussi en ce qui concerne la *prescription des actions* (Ansprüche) qui, sans avoir un caractère hypothécaire, sont néanmoins *régies par le droit cantonal* (ART. 146. *al. 3. C. O.)*. Ainsi qu'on l'a déjà vu plus haut, il s'agit ici essentiellement d'obligations qui ont leur source dans des rapports de famille ou de succession[2], ou qui se fondent sur les principes du droit public cantonal (art. 76).

§ 6. Contrat d'entretien viager. — Donations. — Cheptel. — Vices redhibitoires du bétail. — Contrat d'assurance.

A. Les réserves du droit cantonal que nous avons étudiées jusqu'ici se rattachent toutes ou presque toutes, par certains côtés, à des matières de droit public ou de droit privé qui échappent en principe à la compétence législative de la Confédération. Il est permis d'en rapprocher encore le *contrat d'entretien viager,* que l'ART. 523 *C. O.* réserve également au droit cantonal et qui est au moins influencé dans une certaine mesure par le droit de famille[3], ainsi que les *donations*, qui constituent à la vérité des contrats, mais dont la validité, la révocabilité et la réductibilité doivent subir l'influence de principes rentrant dans le droit de succession[4]. En fait pourtant, le Code ne renferme de réserves expresses concernant les donations qu'à l'ART. 10, qui en soumet la *forme* au

[1] TF., 8 octobre 1886, XII, 629 et suiv., n° 4; 1er février 1889, XV, 296, n° 4.
[2] Ainsi la prescription de l'obligation du mari de servir une pension à sa femme vivant séparée de lui, pendant le mariage, et de lui restituer ses apports à la dissolution de celui-ci. TF., 14 février 1886.
[3] HUBER, *System*, t. III, p. 748; HABERSTICH, *Beitræge*, p. 225 et suiv.
[4] HUBER, *System*, t. III, p. 680.

droit cantonal, et à l'ART. 141, qui dispose que la *remise de dette* à titre de donation est réglée par le droit cantonal[1]. Mais la connexité entre les principes admis en matière de donations et le droit de succession est si intime que la jurisprudence n'a jamais hésité à déclarer qu'elles sont régies par le droit cantonal, non pas seulement au point de vue de leur forme, mais aussi quant au fond, spécialement en ce qui concerne leur validité ou leur nullité, les obligations qui en dérivent, etc.[2] Cette même règle s'applique aussi à la *promesse de donation*[3]. En revanche, et ainsi qu'on l'a déjà dit plus haut, il a été jugé que la *transmission de propriété mobilière* et la *cession* de créances opérées ensuite d'une donation doivent être distinguées, quant à leur validité, de la donation elle-même, de telle sorte qu'elles suivent leurs règles propres et pourraient se trouver entachées de nullité alors même que la donation, envisagée comme telle, serait valable. Dès lors, si la donation a pour objet des meubles corporels, des titres au porteur ou transmissibles par endossement, ou des créances non garanties par une hypothèque, le transfert de propriété ou la cession en est régi par le droit fédéral, soit par les art. 183 et suiv., 199 et suiv. 727 et suiv., 827 et suiv., et 846 C. O. C'est, au contraire, le droit cantonal qui doit trouver son application si la chose donnée est un immeuble, ou un droit immobilier, ou une créance hypothécaire[4].

B. Dans le domaine du droit purement obligatoire, le Code a aussi réservé aux cantons certains contrats qu'il aurait certainement pu soumettre à des prescriptions uniformes, mais pour lesquels des considérations d'opportunité l'ont engagé à ne pas faire

---

[1] Comp. TF., 9 janvier 1892, XVIII, 211, n° 2.

[2] TF., 4 juin 1887, XIII, 241 ; 13 juin 1890, XVI, 400, n° 3 ; 31 janvier 1891, XVII, 108, n° 2 ; 6 novembre 1891, XVII, 665, n° 7 ; 29 juin 1894, XX, 390 et suiv., n° 4 ; 3 novembre 1894. XX, 999, n° 5 ; 15 juin 1895, XXI, 419, n° 1. — Comp. FLAMMER, *loc. cit.*, p. 24 : HABERSTICH, *Beitræge*, p. 151 et suiv. ; ROSSEL, *Manuel du droit fédéral des obligations*, p. 55.

[3] TF., 2 juin 1893, XIX, 165.

[4] TF., 4 juin 1887, XIII, 241 ; 17 février 1888, XIV, 100 ; 20 mai 1893, XIX, 363, n° 3 29 juin 1894, XX, 390 et suiv., n° 4.

usage de ses compétences pour le moment. A teneur de l'ART. 320, il en est ainsi, tout d'abord, du *cheptel* sous ses diverses formes, lorsqu'il ne se rattache pas à un bail à ferme. Cette réserve se justifie manifestement par le défaut d'importance pratique qu'il y a à unifier une matière dans laquelle les circonstances de fait et les besoins peuvent varier de beaucoup suivant les régions. Aussi l'art. 320 ne réserve-t-il pas seulement le droit cantonal, mais encore l'*usage des lieux*[1].

C. Les motifs qui ont engagé le législateur fédéral à réserver également au droit cantonal, ou au concordat intercantonal, les dispositions relatives aux *vices redhibitoires du bétail* (voir ART. 890) sont au contraire essentiellement différents. Ici le texte même de cette disposition transitoire indique qu'on entendait en principe unifier la matière au moyen d'une loi spéciale, et c'est seulement parce que cette dernière n'était pas encore assez avancée qu'on a réservé jusqu'à sa promulgation l'application des lois cantonales, soit du concordat du 5 août 1852[2]. On sait que dernièrement l'unification de ce chapitre a été reprise et qu'un projet de loi est actuellement pendant devant le Conseil national[3].

D. La situation est analogue, à certains égards, en ce qui concerne le *contrat d'assurance*. Dans ce domaine encore le législateur fédéral a prévu expressément la promulgation d'une loi fédérale et en attendant il a réservé aux cantons, à l'ART. 896, le droit de le régler à leur gré. Seulement, chose essentielle à retenir, cette réserve n'est pas absolue ; elle ne concerne pas l'ensemble des principes régissant le contrat d'assurance, mais seulement les

---

[1] D'autres réserves en faveur de l'usage des lieux sont faites par le Code aux art. 270, 282 al. 2, 286, 290 § 1, 304 al. 2, 307, 309, 340, 342 al. 2, 344, 346 al. 3.

[2] Comp. également TF., 11 septembre 1885, XI, 260 et suiv., quant à l'application au commerce du bétail des règles des art. 243 et suiv. CO. sur la garantie de défauts autres que les vices dits redhibitoires.

[3] Voir le message et le premier projet de loi du Conseil fédéral dans la *Feuille fédérale* de 1894, t. II, p. 765 et suiv., et un nouveau projet *ibid.*, 1895, t. I, p. 426 et suiv.

dispositions *spéciales* qui peuvent exister sur la matière dans le droit cantonal, et ce sont ces prescriptions seules qui restent provisoirement en vigueur. La solution adoptée ici est donc précisément l'opposée de celle consacrée par la jurisprudence en matière de ventes d'immeubles ; tandis que celles-ci n'appellent jamais l'application des dispositions générales ou spéciales du Code (du moins pas à titre de droit *fédéral*), pour le contrat d'assurance, au contraire, le législateur veut qu'il soit régi dans la règle par ce dernier, et les cantons ne peuvent en exclure l'application que dans la mesure où ils ont réglé certaines questions par des dispositions *spéciales*. C'est ce que le Tribunal fédéral a reconnu à de très nombreuses reprises [1] ; aussi a-t-il pu se former, surtout ces dernières années, une véritable jurisprudence en matière d'assurances. Il n'en demeure pas moins très désirable qu'on en arrive enfin à édicter des normes précises sur ce sujet, ainsi que l'a tenté déjà en 1864 le projet de Code de commerce suisse élaboré par M. Munzinger [2].

D'autre part, la jurisprudence a admis, ce qui est conforme aux principes, que l'art. 896 ne réserve pas seulement les dispositions spéciales du droit cantonal qui existaient déjà effectivement au moment de l'entrée en vigueur du Code, mais aussi celles qui peuvent avoir été ou qui pourront encore être promulguées par la suite, tant que la Confédération n'aura pas elle-même légiféré sur la matière [3].

---

[1] TF., 7 mars 1885, XI, 83, n° 2 ; 15 octobre 1886, XII, 604, n° 2 ; 11 juin 1887, XIII, 248, n° 2 ; 8 juin 1889, XV, 412, n° 4 ; 20 juillet 1889, XV, 610, n° 2 ; 26 avril 1890, XVI, 372, n° 4 ; 25 octobre 1890, XVI, 787, n° 3 ; 11 décembre 1891, XVII, 708, n° 2 ; 30 avril 1892, XVIII, 319, n° 4 ; 16 décembre 1892, XVIII, 873 et suiv., n° 2 ; 10 février 1893, XIX, 288, n° 2 ; 19 mai 1893, XIX, 354, n° 2 ; 19 janvier 1895, XX, 113 et suiv., n° 2 ; 23 février 1894, XX, 167, n° 1 ; 2 mars 1894, XX, 189, n° 1 ; 27 avril 1894, XX, 469 et suiv., n° 6 ; 13 octobre 1894, XX, 935 et suiv., n° 4 ; 23 novembre 1894, XX, 1027, n° 5 ; 9 mars 1895, XXI, 218, n° 4 : 22 mars 1895, XXI, 262, n° 2.

[2] Projet de Code de commerce suisse, art. 322 à 347. — Pour les dispositions du droit cantonal sur l'assurance, voir HUBER, *System*, t. III, p. 765 et suiv.

[3] TF., 22 mars 1890, XVI, 65 et suiv., n° 3.

§ 7. Indivision. — Licitation. — Transaction. — Chose jugée. — Onus probandi.

A. Il est enfin certaines questions qui rentrent dans le droit des obligations, ou qui peuvent tout au moins se poser à l'occasion de ce dernier, et au sujet desquelles le Code garde un silence complet, de telle sorte qu'on doit se demander s'il n'a pas voulu les réserver tacitement au droit cantonal.

Il en est ainsi, en première ligne, de l'*indivision* (Gemeinderschaft), qui fait l'objet de dispositions expresses dans plusieurs cantons, par exemple ceux de Fribourg, Vaud et Neuchâtel. Le rapport étroit dans lequel cette institution se trouve avec le droit de famille et de succession doit faire admettre qu'elle est demeurée réservée au droit cantonal [1].

On peut en dire autant des prescriptions qui existent dans certains cantons au sujet de la *licitation*, non seulement d'immeubles, mais encore d'objets mobiliers ; bien que la vente aux enchères se caractérise juridiquement comme un contrat, la connexité de la matière avec la procédure justifie ici la réserve tacite du droit cantonal [2].



B. Il en est autrement, en revanche, de la *transaction* (Vergleich), qui constitue aussi un contrat. A la vérité, comme les conventions de ce genre auront souvent pour but, non pas de prévenir une contestation à naître, mais de terminer un différend déjà né et même pendant devant les tribunaux, on pourrait être tenté de les soumettre à l'empire du droit cantonal, pour le même motif que la licitation. On peut concéder à ce sujet que si la transaction intervient à l'audience, c'est le droit cantonal qui en réglera la *forme* [3].

[1] Comp. HUBER, *System*, t. III, p. 758 et suiv.

[2] *Ibid.*, p. 722 et suiv. ; HAFNER, *Das schweizerische Obligationenrecht*, Introduction, p. XXIII.

[3] Voir le commentaire de SCHNEIDER et FICK, note 8 sur l'art. 3 ; ROTT, *loc. cit.*, note à p. 511.

Mais à part cela, la jurisprudence a admis que le droit cantonal n'ayant pas été expressément réservé en cette matière, celle-ci est régie par les principes généraux du droit fédéral des obligations, et que ce sont ainsi les dispositions du Code qui sont applicables à la question de savoir si elle doit être, par exemple, déclarée nulle pour cause d'erreur essentielle [1]. Cependant le droit fédéral ne peut trouver son application ici que dans la mesure où les relations juridiques des parties réglées par la transaction se trouvaient ellesmêmes régies par ce droit. Au contraire, si une transaction se rapporte à des droits réels immobiliers ou à un partage entre cohéritiers, ou au droit matrimonial quant aux biens, elle appellera l'application du droit cantonal, parce que c'est dans la compétence de ce dernier que ces matières sont demeurées [2].

Les mêmes principes ont aussi été consacrés en ce qui concerne l'autorité de la *chose jugée* et l'exception qui en découle. Lorsqu'il s'agit de rapports juridiques régis en principe par le droit fédéral, c'est donc ce dernier également qui est applicable à la question de savoir s'il y a identité de la chose demandée [3].

C. Qu'en est-il enfin de la répartition de la *charge de la preuve* entre les parties? Le Code fédéral ne renferme pas sur ce point de dispositions générales analogues à celles qui se trouvaient dans la première rédaction du projet de Code civil allemand [4]. D'autre part on a vu plus haut que ce qui concerne la preuve des obligations est abandonné au droit cantonal. On ne saurait dire cependant que la répartition de l'*onus probandi* rentre exclusivement dans la procédure ; elle ressortit, au contraire, bien plus souvent au droit privé matériel.

C'est à ce dernier, en effet, qu'il appartient de dire quelles circonstances de fait ont pour conséquence d'engendrer, de suspendre ou d'éteindre un droit, et par conséquent c'est lui, également, qui

[1] TF., 23 novembre 1889, XV, 829, n° 3 ; 31 janvier 1890, XVI, 173, n° 2.
[2] TF., 24 juillet 1893, XIX, 509, n° 2 ; 15 juin 1895, XXI, 420, n° 1.
[3] TF., 17 octobre 1890, XVI, 768, n° 3; 14 février 1896.
[4] Voir les §§ 193 à 198 du premier projet (de 1888). Ces dispositions ne figurent plus dans le projet actuellement soumis au Reichstag.

doit déterminer, au moins d'une manière implicite, à quelle partie il incombe de les prouver [1]. En fait, le Code renferme toute une série de dispositions relatives à la charge de la preuve (voir par exemple les art. 61, 65, 72 al. 1, 110, 121, 124, 179 al. 3, 248 al. 2, 267 al. 2, 268, etc.); de même il pose un certain nombre de *présomptions légales* qui peuvent sans doute être détruites par la preuve contraire, mais qui, par là-même, dispensent de la preuve la partie en faveur de laquelle elles sont établies (voir art. 2 al. 1, 14 al. 1, 103, 104, 139 al. 2, 178, 179 al. 2, 190 al. 1, 233 al. 2, 234 al. 1, etc.). Il suit de là que c'est le droit fédéral qui règle la répartition de l'*onus probandi* pour toutes les matières dépendant de lui; lorsque la loi n'a pas expressément établi une présomption ou désigné la partie à laquelle incombe telle preuve, c'est au juge qu'il appartient de combler la lacune, en s'inspirant des principes généraux du droit des obligations ou des règles particulières à certains contrats. Mais il ne saurait être de la compétence des cantons de le faire de leur chef, sous prétexte qu'il s'agirait ici d'un point de procédure.

* * *

Nous ne pouvons terminer cette étude sans essayer d'en tirer une conclusion. Nous nous étions proposé de passer en revue et d'analyser les résultats obtenus depuis l'entrée en vigueur du Code en ce qui concerne la délimitation entre le domaine fédéral et le domaine cantonal. Les pages qui précèdent montrent, croyons-nous, qu'elle est aujourd'hui bien établie sur le plus grand nombre des points. L'application du Code en est ainsi grandement facilitée. Mais les expériences faites pourront aussi profiter au législateur lui-même. « Le plus bel hommage que l'on puisse rendre à une œuvre de législation, a dit notre vénéré et éminent maître feu le professeur *Henri Carrard*, c'est de montrer qu'elle a été une étape, un point de départ pour de nouvelles améliorations » [2].

Lausanne, février 1896.

CHARLES SOLDAN.

[1] TF, 27 février 1892, XVIII, 298 et suiv., n° 2; comp. 22 mars 1890, XVI, 68, n° 5; 25 octobre 1890, XVI, 790; 12 mai 1894, XX, 496 et suiv., n° 2.

[2] *Discours d'installation* prononcé à l'Académie de Lausanne le 25 octobre 1869, p. 6.

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES ARTICLES DU CODE

